
LA DURACIÓN DEL PERIODO DE PRUEBA EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Carlos Alá Santiago Rivera¹

Resumen

El Tribunal Constitucional ha ido elaborando una doctrina identificable y consistente en diversos aspectos relacionados con la figura jurídica del periodo de prueba. En este trabajo analizamos parte de esa trayectoria jurisprudencial. Originalmente, el ámbito de libertad reconocido al empresario para desistir de un contrato durante el periodo de prueba estaba limitado por que no podía alcanzar la producción de resultados inconstitucionales, ni realizarse por causas ajenas al propio trabajo. Este parecer, se ha relativizado, en dos sentencias del TC, respectivamente STC 119/2014, del 6 de julio y la STC 8/2015, del 22 de enero. El trabajo tiene tres partes: 1) la concepción jurídica clásica del periodo de prueba; 2) el asunto de la duración del periodo de prueba en la Reforma Laboral 2012; y 3) un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la duración del periodo de prueba.

Palabras Clave: periodo de prueba, concepción clásica, carácter experimental, límites del periodo de prueba, STC 119/2014, del 6 de julio, STC 8/2015, del 22 de enero, reforma laboral

Abstract

The Constitutional Court (CC) has developed an identifiable and consistent doctrine on various aspects of the legal concept of probationary period. In this paper we analyze some of that jurisprudential path. Originally, the CC recognized the employer to withdraw from a contract during the probationary period was limited because it could not reach unconstitutional production results, not made for reasons beyond the work itself. This has apparently been relativized in two constitutional

judgments, the STC 119/2014, July 6 and the STC 8/2015, January 22. The work has three parts: 1) the classical legal conception of the probationary period; 2) the issue of the duration of the probationary period in the 2012 Labor Reform; and 3) an analysis of the jurisprudence of the Constitutional Court on the duration of the probationary period.

Keywords: probationary period, classical concept, experimental character, probationary period's limits, STC 119/2014, July 6, STC 8/2015, January 22, labor reform

Introducción

En este trabajo estudiamos la figura jurídica del periodo de prueba² en España analizando parte la trayectoria jurisprudencial de su Tribunal Constitucional (TC) sobre la institución. Nos interesó, particularmente, el asunto relacionado con la duración del periodo de prueba en el ámbito individual de las relaciones contractuales. En las últimas tres décadas, el TC se ha expresado en 9 sentencias sobre el periodo de prueba. Tres de éstas serán objeto de análisis. Como dos de esas sentencias están relacionadas a la Reforma Laboral del 2012, hemos hecho referencia a la Ley 3/2012, del 6 de julio, que dispuso medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y que implantó la Reforma. Aclaramos que no pretendimos un estudio exhaustivo de la Reforma y de hecho sería imposible realizarlo responsablemente y como merece el alcance, la amplitud y complejidad de tal acontecimiento.³

Nuestra insinuación temática se limitó al impacto de la reforma laboral en el periodo de prueba, específicamente a su disposición del periodo ordinario dispuesto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que a nuestro juicio y como argumentamos, le distanció de su concepción clásica, cuando la Ley le adscribió una nueva funcionalidad mercantil de promoción de empleos, fomento de la empleabilidad y la protección de la pequeña empresa en circunstancias de crisis económica, identificando la viabilidad económica del puesto contratado. Todo ello en detrimento de la estabilidad del empleo disfrutada por los trabajadores.

En el trabajo, señalamos las contradicciones que surgen de la ubicación del periodo de prueba en ese contexto, que algunos autores han criticado o concebido como una conceptualización muy estrecha del desarrollo económico (Arce,

2013; y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Casas Baamonde y Valdés Dal-Ré, 2013, pp. 1-2).⁴ Esa disposición, ubicada en el Art. 4.3 de la Ley 3/2012, ha generado controversia entre muchos estudiosos(as) del Derecho del Trabajo. La misma es pertinente, entre otras cosas, a la extensión del periodo de prueba en el Contrato Indefinido de Apoyo a Emprendedores (CIAE), inaugurado por la Reforma para promover el empleo estable a través de contrataciones indefinidas en la pequeña industria.

La disposición ha sido, junto con otros aspectos de la Reforma, objeto de dos Recursos de Inconstitucionalidad y respectivas sentencias del Tribunal Constitucional donde se declaró que ese aspecto de la Reforma no era contrario a la Constitución, al igual que la totalidad de los otros aspectos impugnados de las mismas. El contenido de esas dos sentencias ha creado debate y controversia sobre el alcance del impacto de la Reforma del 2012 y desde luego formaron parte del análisis en este trabajo (Molina Navarrete, 2014, pp. 183-84). En ambas, se aprecia una tensión muy fuerte entre dos visiones de los Magistrados en torno a si la reforma de la figura jurídica clásica del periodo de prueba se desnaturalizó o no, asunto que se evidencia "*prima facie*" de los contornos y contrastes entre las opiniones de la mayoría y los votos particulares emitidos.⁵

A través de sus sentencias, el TC ha ido elaborando una doctrina identificable y consistente en diversos aspectos relacionados con la figura jurídica del periodo de prueba. En ocasiones, tal y como sucede con las sentencias recurridas ante el Tribunal, el TC ha resuelto la determinación empresarial sobre la continuidad o no del trabajador en un puesto de trabajo, tratándole como un despido nulo y en otras como un desistimiento amparado legalmente por el Art. 14.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), lo que ciertamente es evidencia de resultados jurídicos opuestos.⁶

En general, se puede observar la persistencia de diversos matices sobre el alcance del derecho empresarial de extinguir el contrato de trabajo, que niega su carácter absoluto y convierte el despido y el desistimiento en ejes centrales de las controversias que giraron, cada vez más, sobre la relativización del estado de Derecho del Trabajo en pos de la estabilidad económica de las empresas de una sociedad en crisis económica. Es claro, por lo menos fuertemente

argumentado en las primeras sentencias, que el ámbito de libertad reconocido al empresario estaba limitado por el hecho de que no puede alcanzar la producción de resultados inconstitucionales, ni puede realizarse por causas ajenas al propio trabajo. Este parecer, se ha relativizado, especialmente en dos sentencias del TC, respectivamente STC 119/2014, del 6 de julio y la STC 8/2015, del 22 de enero.

Por esta razón, comprobamos si esto estaba ocurriendo y cómo este énfasis ha ido cediendo con el paso del tiempo, no necesariamente en términos de lo dispuesto en el derecho sustantivo sino en el aumento de la tolerancia del TC a un margen mayor de acción empresarial extintiva de contratos de trabajo, especialmente en los momentos de crisis económica que atraviesa España, lo que apunta a una relativización de algunas de las instituciones del Derecho del Trabajo, como lo es el periodo de prueba. Esto se ha logrado, como hemos planteado, cuando el legislador ha añadido al periodo de prueba unos elementos que no son parte de la configuración clásica de la institución, que aumentan la responsabilidad del trabajador durante el periodo y reducen la estabilidad del empleo, con un ánimo legislativo de fomentar el empleo estable y la empleabilidad de los trabajadores, lo que ciertamente no parece corresponderse, como veremos, con los resultados concretos de la implantación de esas políticas de empleo.

Es decir, que el TC ha declarado que no están reñidos con las disposiciones constitucionales pertinentes, esos aspectos de la política de empleo de la Ley 3/2012 que extienden la duración del periodo de prueba y más que promover y proteger los contratos indefinidos y el trabajo estable, parecen facilitar su desaparición. Como veremos, el TC concluyó que eran plenamente compatibles con el derecho al trabajo, a la fuerza vinculante de la negociación colectiva, a la libertad sindical, a la igualdad y a la tutela judicial, todo el conjunto de medidas contenidas en la Ley 3/2012 e impugnadas por los Recursos de Inconstitucionalidad resueltos. Algunos de estos asuntos fueron objeto de un escrutinio indirecto en el presente trabajo porque sobrepasaban el ámbito del mismo.

En la primera parte del trabajo estudiamos la concepción jurídica clásica del periodo de prueba, contrastando diversas expresiones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal Supremo (TS) y la doctrina científica desarrollada por diversos autores que han tratado

el tema. En particular, discutimos tres rasgos distintivos de la institución enunciados por la doctrina: su carácter experimental, su temporalidad y la excepcionalidad que hace difícil su convivencia con el principio de estabilidad del empleo. En todo el estudio, destacamos el rol de las pruebas, el deber de cumplimiento exigido a las partes con las mismas y los límites impuestos legal y jurisprudencialmente a la experimentación para evitar el abuso de la institución. Finalmente discutimos algunas contradicciones del desistimiento empresarial del contrato de trabajo y las doctrinas establecidas por el TC sobre la licitud del mismo y sus límites, respectivamente en las STC 84/1984 y STC 166/1988.

En la segunda parte de la investigación, analizamos el asunto de la duración del periodo de prueba en la Reforma Laboral 2012. Este análisis lo iniciamos con la indagación de los fundamentos legales del periodo de prueba clásico. Con este fin, nos servimos de lo dispuesto en el Art. 14 ET, apartados 1 y 3 para entonces identificar la doctrina jurisprudencial y científica desarrollada sobre el mismo. Discutimos, además, el impacto de la Ley 3/2012 en la configuración de la institución y examinamos la efectividad de los Contratos Indefinidos en Apoyo a los Emprendedores (CIAE) como política activa de empleo.

En la tercera parte, presentamos un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la duración del periodo de prueba. Con este fin, realizamos una síntesis de tres sentencias, incluyendo la STC 71/1993, del 1ro. de mayo, sobre contratos indefinidos y otras dos más recientes que atendieron respectivos Recursos de Inconstitucionalidad que cuestionaban la constitucionalidad del Art. 4.3 de la Ley 3/2012. Ese artículo extendió el periodo de prueba a un año en la nueva modalidad de contratación conocida como Contratos Indefinidos en Apoyo a los Emprendedores (CIAE). En estas dos sentencias, el Tribunal declaró que ese aspecto de la ley no era contrario a la Constitución, como tampoco lo eran todos los reproches de inconstitucionalidad incluidos en los Recursos y que estaban relacionados a la violación de una serie de derechos constitucionales, algunos de los cuales resultaban ser fundamentales. De igual forma, analizamos la STC 119/2014 y la STC 8/2015. Ambas sentencias incluyen votos particulares escritos por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré y suscritos por varios magistrados. Entendemos que

las mismas ofrecen una perspectiva muy informada, coherente y respetuosa de la doctrina, que en muchas formas contradice y condena las resoluciones mayoritarias, sin dejar de ilustrarnos sobre la hermenéutica apropiada para estos casos sobre el periodo de prueba.

Comencemos, destacando y discutiendo con mayor detalle, los aspectos más relevantes de la concepción clásica de la figura jurídica del periodo de prueba. Esto nos permitirá presentar la interacción de la figura jurídica con las diversas doctrinas del Tribunal Constitucional relacionadas a la defensa y protección de derechos constitucionales, especialmente sobre aquellos que se consideran fundamentales.

1. Concepción Jurídica Clásica del Periodo de Prueba

La figura jurídica del periodo de prueba está plenamente reconocida y consolidada en el ordenamiento laboral español y cuenta con características propias que permiten su identificación.⁷ La obra más reciente sobre la temática es el libro del profesor Óscar Fernández Márquez (2014), titulado *El periodo de prueba en el contrato de trabajo* (Albiol Montesinos, 2011).⁸ Esta obra es la última aproximación comprensiva al tema que hemos encontrado. La misma hace un balance actualizado de la institución jurídica siguiendo la estructura temática ya establecida hace muchos años por la muy elaborada y aún pertinente obra de Antonio Martín Valverde (1976) que lleva el mismo nombre. Obra que todavía sirve de guía e inspiración a nuevos escritores que se aventuran en el tema, aunque ese mismo autor haya variado en publicaciones tan recientes como el 2014, algunas de las perspectivas que defendió anteriormente (Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J., 2014, pp. 536-540).⁹

Fernández Márquez se enfrenta al tema porque es una de las materias más afectadas por las recientes reformas de la legislación laboral. Es decir, en un contexto de efervescencia de legislación de reforma laboral y transformaciones en el mundo del trabajo, muy parecido al que se enfrentó Valverde hace casi 4 décadas, donde el advenimiento de la democracia a España, luego de décadas de dictadura, propició el fortalecimiento de un Estado Social y Democrático de Derecho. En su caso, sin embargo, para Fernández Márquez, el péndulo se mueve en la dirección opuesta, la limitación de algunos de

esos derechos laborales, civiles y sociales adquiridos durante el mismo periodo y que se justifican en la existencia de una crisis económica que sufre la nación ibérica.

En su momento, Valverde acusaba la conveniente neutralidad de algunos autores que, de acuerdo a su apreciación, eran muy elásticos en la interpretación de la figura jurídica del periodo de prueba, desfavoreciendo la seguridad jurídica. Por eso, realizó un estudio que sirviera de “contención de los abusos a que da[ba] lugar con demasiada frecuencia la utilización empresarial del instituto”. Desde ese presupuesto, nos dijo el autor:

...el fundamento jurídico de la institución no podía ser otro que la verificación de la aptitud profesional en los casos en que ésta no es pronosticable a priori sin especiales dificultades. Esta opción interpretativa no coincide con la doctrina dominante, que introduce en el periodo de prueba elementos fiduciarios o personales pertenecientes al modelo normativo que aquí se descarta. (Martín Valverde, 1976, p. 12)

Fernández Márquez, por su parte, entiende que las nuevas reglas impuestas al periodo de prueba, específicamente la extensión de su duración a un año, no deben estudiarse aisladamente. Por eso, propone un “estudio transversal” que permita una “perspectiva de análisis completo” y total del periodo de prueba en el contexto de la multiplicidad de los contratos de trabajo y la inestabilidad del empleo en España producidos por la crisis. Sólo de esta forma, entiende, se podrá comprender que los problemas típicos, clásicos y más conocidos del periodo de prueba no están resueltos definitiva ni determinadamente. Por esa razón, critica la dudosa tesis dominante en España y parte del resto de Europa que estima, concibiendo teóricamente la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, como “una facultad absoluta e indiscriminada de libre desistimiento por parte del patrono”. Esta caprichosa ponderación, según el autor, no se debe considerar como la base adecuada “para enfrentar la compleja problemática que encierra la institución” porque no puede ofrecer propuestas satisfactorias a los problemas básicos que surgen en el periodo (Fernández Márquez, 2014, pp. 9-10).¹⁰

Al igual que su antecesor, el autor Fernández Márquez se enfrenta a la realidad que en el derecho español aún no existe una definición normativa de validez general del periodo de prueba en el contrato de trabajo. Éste nos recuerda que ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (TS) y el Tribunal Constitucional la que ha delimitado el término, junto con los estudios doctrinales de tratadistas. En el trabajo abunda el análisis jurisprudencial, especialmente del TS, lo que es un intento importante de poner al día el estudio comprensivo de la jurisprudencia en la materia. El autor, no oculta su preocupación de que “estas sentencias terminen finalmente propiciando cierto agotamiento o descolocación de algunas de las bases interpretativas del periodo de prueba que habían venido dándose por buenas hasta el momento”. Su propósito es que el trabajo ponga estas incertidumbres de manifiesto (Fernández Márquez, 2014, p. 11).

Esta preocupación era compartida por Valverde, quién en su momento sentenció que la doctrina jurisprudencial en torno al periodo de prueba había sido “ampliamente favorable” a la **relajación de las garantías de estabilidad en el empleo**.

Efectivamente, en el estudio del periodo de prueba la doctrina ha pecado frecuentemente de la actitud reduccionista, que intenta hacer valer una única explicación jurídica para una institución que puede ser configurada –y que, de hecho, está configurada en el ordenamiento español- de muy diferentes maneras; con ello se ha deformado la realidad normativa tal cual es, pretendiendo eliminar las modalidades de la institución que no encajan en el esquema pre-establecido. En buena medida esta deficiencia doctrinal ha sido provocada también por otro defecto muy frecuente del formalismo: la limitación del campo de estudio a los preceptos con rango de ley, y el consiguiente olvido de las fuentes extra legislativas, sobre todo de las normas sectoriales... (Martín Valverde, 1976, pp. 27-28)¹¹

De acuerdo a ambos autores, la jurisprudencia ha permitido la enunciación de por lo menos tres rasgos distintivos que merecen una evaluación crítica: 1) que la finalidad del

periodo de prueba es la experimentación a través del cumplimiento de tareas o pruebas por parte de los trabajadores, cuya superación obliga al patrono a permitir la plenitud de la relación de trabajo y el surgimiento de un contrato indefinido; 2) que éste tiene un carácter temporal y su provisionalidad comienza en la fase inicial de la relación del trabajo; y 3) su aplicación suspende, por cierto tiempo, las restricciones que la legislación protectora le impone a la facultad de la extinción unilateral del contrato de trabajo por iniciativa patronal (Fernández Márquez, 2014, pp. 10-11; Martín Valverde, 1976, pp. 13-14; Albiol Montesinos, 2011, pp. 65-69).

1.1. Carácter Experimental y el Deber de Experimento

El concepto nos sugiere una prueba, es decir una verificación o comprobación que se realiza de algo, por ejemplo, “una operación que se ejecuta para comprobar que otra ya hecha, es correcta”. Noción adaptable al mundo del trabajo, donde se establece un periodo de prueba a una persona, que es contratada por más tiempo, para descubrir sus cualidades o defectos ocultos. Aplicado al campo de las relaciones laborales, el concepto implicaría un examen, con carácter experimental, de esas relaciones contractuales, que presuponen la interacción de individuos, a lo sumo el empresario y sus trabajadores luego de la firma de un contrato. En torno al empleo, el Diccionario de la Real Academia Española nos ofrece múltiples designaciones al concepto: “es una prueba en la cual un empleado, durante un tiempo, tiene que demostrar su valía para poder confirmar su puesto de trabajo mediante un contrato”. También nos dice que “es la “prueba de fuego, la decisiva, en la que es necesario demostrar que se está a la altura de lo esperado por el que contrata”.¹²

A través del periodo de prueba, se crea un balance que permite que el trabajador coloque a disposición de la empresa, su trabajo, saberes, experiencias y otras capacidades y destrezas, es decir, que se revela la prestación de su contribución contractual. Por otro lado, la empresa recibe una información que le corresponde examinar en cuanto a su veracidad y junto a lo observado en las entrevistas de trabajo, realizar la mejor decisión posible. Tradicionalmente, la corroboración empresarial se ha centrado en discernir si la persona contratada está en control de las capacidades que supuestamente

posee. Ciertamente, el periodo de prueba es una figura jurídica prospectiva que se dirige a descubrir intimidades de la conducta, aptitud y actitud de una persona, antes de que un compromiso definitivo entre las partes tome pleno efecto. Mientras tanto, se trata de una prueba dentro de un contrato de trabajo que ya está en curso con cierta, aunque no total, plenitud porque el valor de esas prestaciones no determina a “*prima facie*” y requieren el transcurso de cierto tiempo para mostrar la consistencia de los compromisos asumidos.

El objetivo del periodo de prueba es un ensayo que trate de comprobar si el trabajador puede formar parte de forma indefinida de la empresa que lo ha contratado. Si puede insertarse en los modos de la organización, realizando sus tareas y siendo capaz de relacionarse con los demás empleados, sus supervisores y la gerencia de forma exitosa. Esta experimentación ocurre una vez se ha perfeccionado el contrato entre las partes y coincide con el ingreso y admisión del trabajador a la relación de trabajo. Como tal, ésta no se prolonga indefinidamente y culmina, por su propio peso, superada la prueba y cumplido el plazo (Albiol Montesinos, 2011, pp. 67-68). En ese momento, el contrato abandonará su transitoriedad y mutará a una vinculación estable o desaparecerá cuando el empresario o el trabajador desisten de la relación antes de finalizado el periodo de la prueba.

Cuando el periodo de experimentación concluye con un resultado negativo, es decir, que no se supera la prueba, las partes regresan a la situación original, donde prevalece la inexistencia de vinculación o responsabilidad entre éstas (Piqueras Piqueras, 1995, pp. 25-28; Martín Valverde, 1976, p. 15). En ese caso, el empresario habiendo corroborado que sus requisitos durante la prueba son imposibles de satisfacer, tiene libertad para resolver el contrato inmediatamente y sin mayores consecuencias económicas. No tiene que preavisar al trabajador, ni pagar indemnización, el desistimiento es libre, el patrono no tiene penalidad ni costo aparente para la empresa, que no sea su propia inversión en la formación del trabajador y el tiempo que le tome reemplazarlo (Fernández Márquez, 2014, pp. 92-93).¹³ También, el supuesto incluye la remota posibilidad de que el trabajador desista si el ambiente de trabajo, el tipo de supervisión y la forma en que el mismo es organizado no le conviene.

La aplicabilidad de la doctrina del **deber de experimento**, según Valverde, debe respetar la regla lógica de no contradicción. Por esa razón, las facultades derivadas del periodo de prueba no deberían utilizarse contra lo que Valverde cataloga como “**funciones manifiestas primarias**”, que no es otra cosa que verificar la aptitud y la adaptación del trabajador al trabajo. Dicho de otra forma, el deber de experimento es una manifestación para Valverde de la buena fe contractual durante el periodo de prueba. No es algo que se añade al contenido de la relación de la prueba, sino la “síntesis de las exigencias normales del comportamiento correcto y civilizado en el transcurso de la misma” (Martín Valverde, 1976, pp. 220-221).¹⁴

1.2 Obligaciones de las Partes

Del trabajador se espera que tenga motivación, aptitud correcta, madurez, capacidad para seguir reglas, rendimiento de calidad y cantidad o en su defecto, la disposición para corregir esto. Éste está obligado a prestar sus servicios de forma similar a otros trabajadores que ya superaron la prueba y debe cumplir las órdenes generales y particulares que recibe. También, debe someterse a exámenes o pruebas especiales de aptitud. Además, debe ser receptivo a la información que le brinda su patrono y no podrá alegar la superación del periodo si no es a través de la prestación efectiva de los servicios (Albiol Montesinos, 2011, pp. 70-76; Martín Valverde, 1976, pp. 213-218).

Por su parte, el empresario está obligado a hacer efectivo y permitir la ocupación del puesto, sin lo cual es imposible verificar la actitud del empleado y su adaptación al puesto. Además, es necesario remunerar puntualmente la prestación de servicios de sus empleados en prueba, a tratarles respetando su dignidad y a cumplir con las obligaciones que la legislación laboral le impone en sus relaciones con los trabajadores. También, debe proveer toda la información necesaria sobre cómo se debe ejecutar satisfactoriamente el trabajo y relacionarse con sus co-empleados. Éste deberá facilitar el proceso de adaptación, asumir económicamente el déficit productivo que resulta del proceso formativo del trabajador y cooperar con su éxito en el proceso. El empresario no debe “interrumpir la experimentación de la relación de trabajo antes

de adquirir elementos de juicio suficiente sobre la idoneidad del trabajador” y no debe ejercitar su libertad de desistimiento de forma abusiva.¹⁵

El empresario, en palabras de Martín Valverde, tiene un **deber de cumplimiento** que le obliga a consentir y facilitar la verificación de la aptitud del trabajador y su adaptación al trabajo. Ese deber es esencial, complementa la relación de trabajo y no debe afectar el esquema del contrato basado en un intercambio de trabajo subordinado a cambio de una retribución económica. Tampoco debería afectar esa retribución del trabajador a prueba, la que debería mantenerse igual al de otros trabajadores de su misma categoría profesional.

Este deber vincula a ambas partes, al trabajador para realizar sus funciones y al empresario a facilitar y consentir críticamente la prestación de los servicios. De acuerdo a Martín Valverde (1976):

En la medida en que el deber de experimento tiene su razón de ser en la situación de la prueba, la puesta en práctica del mismo no puede estar orientada hacia la comprobación de cualidades del trabajador indiferentes a la aptitud profesional; los trabajos, exámenes o pruebas a realizar habrán de estar, por tanto, conectados a las funciones manifiestas del instituto, no pudiendo suponer ni injerencia en su vida privada, ni inquisición de opiniones personales o conductas extra profesionales.(p. 217)

1.3. Temporalidad

En términos de su temporalidad, el periodo de prueba se ubica como práctica administrativa normada, al inicio de la relación laboral, justo después de perfeccionado el contrato de trabajo. Éste no es un mero proceso de selección de personal, dentro del deber empresarial de conocer sus empleados, sino un proceso más complejo dirigido a lograr la máxima integración de un individuo en el trabajo a través de orientaciones y formación profesional (Albiol Montesinos, 2011, pp. 80-81; Martín Valverde, 1976, p. 226). Su utilización sugiere la intención de contratar por más tiempo, incluyendo de forma indefinida, lo que brinda sentido a realizar una prueba que cualifique

a la persona para formar parte de un colectivo de trabajadores ya existente y donde no habrá cabida si no se cumple con los requisitos de la prueba realizada. En fin, su objetivo es consolidar o resolver una contratación dependiente de si se satisface o no la prueba (Charrutti Garcén, 2014, p. 1650).

Desde esta perspectiva podemos reconocer que el periodo de prueba examina múltiples aspectos de la persona contratada y se supone que le permita a ésta conocer si lo propuesto por su empresario es cierto y si le conviene mantenerse en ese lugar de trabajo. El periodo de prueba discurre en momentos en que la relación de trabajo está en pleno funcionamiento, experimentando sobre el terreno la satisfacción del interés del empleador.

1.4. Causalidad del Despido, Límite a la Experimentación y Abusos en el Periodo de Prueba

El periodo de prueba tiene un carácter excepcional. Jurídicamente hablando, éste mantiene una “difícil convivencia con el principio de estabilidad en el empleo” reconocido en la mayoría de los ordenamientos laborales. Este principio trata de la protección de la permanencia del trabajador en la empresa, manifestación antagónica al despido “*ad natum*” o cualquier manifestación del despido no causal y es afectado directamente por el libre desistimiento durante el periodo de prueba (Martín Valverde, 1976, p. 19).¹⁶ Dos intereses están en disputa, el interés del trabajador en el puesto de trabajo y la del empresario, que aun queriendo lealtad, cumplimiento y rendimiento productivo, prefiere mantener bajas las cargas económicas que conllevan los contratos de trabajo indefinidos.

Para articular estos intereses, se ha requerido que, en el ensayo del periodo de prueba clásico, exista la facilidad de ruptura del contrato de trabajo por parte del empresario, en un contexto normativo mayormente restrictivo que pretende proteger precisamente al trabajador y de hecho se dirige en sentido contrario a la extinción. El alegato empresarial es que, sin el cumplimiento de la exigencia técnica de flexibilidad, cuyo juzgador final son los intereses del empleador, no habría la experimentación que se produce en el periodo de prueba (Beltrán de Heredia Ruiz, 2011).¹⁷

Precisamente, por esta razón es necesario establecer **límites a la experimentación** durante el periodo que están relacionados con: las exigencias de garantías formales para constatar la existencia del contrato; la duración del periodo, la prohibición de prórrogas en algunas circunstancias; la exclusión o reducción al máximo de la prueba en algunos contratos, entre otros. Al respecto, nos dice Martín Valverde (1976):

Pero hay que convenir también en que el periodo de prueba puede convertirse, si no se establecen límites al dictado empresarial de sus condiciones, **en un recurso fácil para sortear las garantías legales de la defensa del puesto de trabajo**. Esta peligrosidad de la institución es el dato clave para comprender el sentido restrictivo, más o menos acentuado, del régimen jurídico de la materia en la generalidad de los ordenamientos... (p. 20)

El periodo de prueba es vulnerable a un uso ilegítimo de parte del empresario para propiciar el despido “*ad natum*”, limitar la protección de la estabilidad en el empleo” y liberarse de sus compromisos contractuales, sean éstos en contratos individuales o convenios colectivos. También, pueden servir para burlar otra normativa protectora del contrato de trabajo. Varios autores mencionan que lo esencial es evitar que se abuse de los vacíos normativos y puntos de interpretación dudosos que permiten y promueven algunas de estas prácticas fraudulentas: 1) las reducciones del salario durante el periodo de prueba; 2) las variaciones en las prestaciones de los servicios durante el periodo y posterior a éstos; 3) la ampliación convencional de la duración del periodo de prueba más allá del límite reglamentario; 4) la prolongación del periodo de prueba más allá de las exigencias institucionales; 5) obligar al trabajador a proveer una prórroga del periodo; 6) acrecentar el periodo indebidamente en el convenio colectivo; 7) la continuación de un periodo de prueba a un contrato a tiempo determinado o viceversa; 8) la incorporación del periodo de prueba a otros periodos sucesivos de prácticas, formación, entrenamiento, entre otros; 9) la contratación a título de prueba en fraude a la legislación de despido; 10) la ocultación de una contratación para trabajos eventuales y 11) la utilización del periodo de prueba para espiar las opiniones de los

trabajadores invadiendo la esfera personal de sus vidas, entre otros (Ojeda Avilés, 1980, p. 467; Piqueras Piqueras, 1995, pp. 25-28; Montoya Melgar, 1978, p. 45; Albiol Montesinos, 2011, pp. 106-109). En fin, se trata de evitar que se abuse de la vulnerabilidad en que se encuentra el trabajador durante el periodo.

La constatación de estos hechos [refiriéndose a que por ser reconocida la posibilidad de utilizar el periodo de prueba en todas las relaciones de trabajo, éste se admita con trabajadores que objetivamente no sea necesario] permite afirmar que el riesgo de utilizaciones desviadas del periodo de prueba es mucho mayor en el trabajo obrero que en el llamado trabajo intelectual... Es significativo, además, que las garantías de utilización adecuada del mismo (deber de agotamiento del plazo de prueba, exclusión para trabajadores que provienen de empresas similares, constancia expresa de la causa de desistimiento, amonestaciones previas al mismo en el curso de la fase probatoria) son como se ha visto o se verá a lo largo de este trabajo, frecuentes en los grupos profesionales de empleados, y prácticamente inexistentes en los trabajadores manuales. (Martín Valverde, 1976, pp. 146 y 162-169)

Ciertamente, con el tiempo, se han desarrollado exigencias y establecido limitaciones, mayormente jurisprudenciales, a lo que autores como Martín Valverde ha catalogado como un “desistimiento empresarial artificioso” donde se concibe y ha utilizado el periodo de prueba como “un reducto del despido libre, gratuito, sin preaviso y sin exigencias formales”. Al respecto, concluye Martín Valverde (1976):

En efecto, unas veces directamente por vía normativa y otras a través de la jurisprudencia, es cada vez más frecuente rodear al desistimiento del contrato de un mínimo de requisitos de fondo y de forma que, sin afectar a la finalidad de la institución, sirvan de salvaguardia frente a la arbitrariedad patronal, o tengan en cuenta los intereses del trabajador en tales circunstancias. La cuestión de fondo, en definitiva, es aquí la

de la causalidad o no del despido durante el periodo de prueba, y la de la exigencia o no para el mismo de las formalidades exigidas con carácter general; o con otras palabras, la de si cabe o no una contraposición total entre el régimen común del despido y el régimen especial del despido durante el periodo de prueba. (p. 21)

El autor se refiere a una serie de sentencias, tanto del Tribunal Supremo, como del Constitucional, donde se determinó que la causa en el desistimiento es necesaria si se trata de un abuso de derecho o fraude de ley.¹⁸ También que aunque el acto de extinción de la relación contractual no sea una decisión motivada, “no excluye que desde la perspectiva constitucional sea igualmente ilícita una resolución discriminatoria”, si al ejecutar el desistimiento se encontrara presente una discriminación prohibida constitucionalmente al patrono. Doctrina que adoptó el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 94/1984, 16 de octubre, manteniéndose inalterada hasta el presente y donde el TC concluyó que la facultad de desistimiento no puede ejercitarse por causas ajenas al propio trabajo y en contra de un derecho fundamental, en aquel caso, como el de la Igualdad, Art. 14 CE.¹⁹

1.5. Prohibición de Segundo Periodo de Prueba

Desde hace décadas, el Tribunal Supremo (TS) ha mantenido que el periodo de prueba no puede considerarse una supresión total, ni absoluta de los controles de legalidad aplicables a las extinciones contractuales empresariales.²⁰ Tampoco, son permisibles cuando el cese se ha llevado con motivación empresarial torpe.²¹ Por otro lado, el Alto Tribunal concluyó en su Sentencia del 3 de mayo de 1983, que si el trabajador supera un curso de formación impartido por la empresa, se le impide a ésta concertar un periodo de prueba a la hora de celebrar un contrato de trabajo posterior. Esto porque el curso superado cumple la misma finalidad que el periodo, es decir, verificar las capacidades y aptitudes de ese trabajador en el práctica de sus tareas, lo que no sería posible acreditar sometiendo títulos, certificados o homologaciones, según corresponda.²² De igual forma, en su Sentencia del 18

de enero del 2005, el TS decretó nulo el periodo de prueba formalizado por una empresa que conocía perfectamente la aptitud de la trabajadora respecto de la actividad laboral desarrollada para otra empresa. En ese caso, las tareas se realizaban en el mismo edificio, con el mismo material y bajo las órdenes de la misma persona en ambos casos. Esta determinación fue reiterada en la STS, 25 de noviembre del 2005. Por su parte, en la STC 17/2007 se declaró vulnerado el derecho de una trabajadora despedida por no superar un segundo periodo de prueba que el Tribunal encontró fraudulento. Esta sentencia será objeto de análisis en el próximo capítulo.

Finalmente, es prudente recordar que la intervención de los tribunales ha llegado hasta determinar en contextos organizados, que el convenio colectivo no puede asignar al periodo de prueba la duración máxima que considere, sino sólo aquella que venga justificada por la complejidad de las tareas a desempeñar.²³ Estos ejemplos, aun significando progreso en promover relaciones sociales y jurídicas positivas dentro del proceso de trabajo, no son una panacea. La realidad es que la tolerancia al periodo de prueba se mantiene en terrenos contradictorios que se refleja claramente en los vaivenes de la jurisprudencia.

1.6. Contradicciones del Desistimiento Empresarial

En su Sentencia del 6 de abril del 1984, el Tribunal Supremo consideró la decisión del cese del trabajador, durante el periodo de prueba, como una apreciación subjetiva a la que el empresario tiene derecho. No es necesario alegar causa en el desistimiento, salvo en las excepciones anotadas y asumiendo la carga de la prueba. De esta forma, será subjetivo el juicio que pueda hacer el empresario de que el trabajador le inspira o no confianza basado en sus características profesionales y personales. Eso unido a la poca certeza científica de juzgar las intenciones ajenas, incluidas las del empresario, coloca al juzgador en una situación poco envidiable para saber y controlar las razones del cese del trabajador. De esta forma, se termina aceptando que toda extinción llevada a cabo por el empresario es buena, por lo tanto, admitiendo y avalando el libre desistimiento empresarial. Esta posición fue reiterada en la STS, 2 de abril de 2007, donde además se recalcó que vigente la prueba, no es necesario exigir a las partes para

rescindir unilateralmente el contrato ningún requisito especial, ni por la forma de la comunicación, ni por la especificidad de la causa. Ni si quiera se exige la entrega de una carta de desistimiento donde se indiquen claramente las razones que motivan el cese.

De esta forma, se va configurando un entendimiento del periodo de prueba como si fuera un instrumento más de gestión de personal, sin restricciones y que se traduce en mayor libertad de desistimiento empresarial. La jurisprudencia ha admitido el periodo de prueba en todo tipo de contrato y en relación a cualquier clase de trabajo, a pesar de los riesgos que ello contempla y las distorsiones en su uso que provoca. Es incuestionable que el Art. 14 del Estatuto de los Trabajadores consagra el deber de experimentación durante el periodo de prueba. Sin embargo, se tolera que el empresario incumpla con este mandato (De Val Tena, 1998, p. 63).²⁴

El desistimiento durante el periodo de prueba opera al margen de la experimentación y las pruebas que se deben realizar, el empresario puede cesar sin considerar o sin siquiera haber obtenido los datos suficientes para tomar una decisión informada basada en los resultados de la experimentación. La lógica adoptada y tolerada por el TS y el TC es la de plena libertad al patrono para desistir “*ad natum*”. La paradoja con esta adopción jurisprudencial es que el ET requiere que se lleven a cabo pruebas en el proceso de experimentación durante el periodo de prueba.²⁵ ¿Qué sentido tiene esa exigencia si posteriormente el empresario puede actuar con completa impunidad en relación al cese del trabajador? Varios escritores encuentran que el desistimiento sólo debería ocurrir cuando la experimentación develara resultados negativos, es decir, que las pruebas no hayan sido superadas. Sólo ante la prueba de falta de capacidad del empleado, producida por el proceso de experimentación, se podría lícitamente prescindir del trabajador (Rodríguez-Piñero Royo, 2000, p. 476; VV.AA. Barreiro González, 1983, p. 73).

2. Duración del Periodo de Prueba de los Contrato Indefinido de Apoyo a Emprendedores en la Reforma Laboral 2012

2.1 Fundamento Legal del Periodo de Prueba Clásico

En lo que es pertinente a esta investigación, el periodo de prueba clásico se dispone en los apartados 1 al 3 del Art. 14 del Estatuto de Trabajadores, según éste ha sido enmendado. El texto al que hacemos referencia es el siguiente:

1. Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, **la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores.** En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados...El empresario y trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba. Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

3. Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa.²⁶

De acuerdo al Art. 14.1, el perfil clásico del periodo de prueba dicta que, en ausencia de un convenio colectivo, éste

no puede exceder de seis meses para los técnicos titulados ni de dos meses para el resto de los trabajadores. Sin embargo, cuando los trabajadores están organizados y existe un convenio colectivo, las partes tienen la obligación de concertarlo por escrito y su duración está sujeta a los términos acordados. Por otro lado, en empresas de menos de 25 trabajadores el periodo de prueba nunca podrá exceder de tres meses si los trabajadores no son técnicos titulados.

Es obvia la relevancia que se ofrece en esta configuración clásica de la institución a la categoría profesional de la persona contratada. La fórmula es sencilla, mientras menor la formación técnico-profesional requerida, dada la poca complejidad de las tareas a realizar, menor el periodo de prueba impuesto en el contrato. Esto es lógico y resulta obvio si consideramos que la finalidad clásica del periodo de prueba es verificar la actitud del empleado y su adaptación al puesto, lo que resultará más sencillo y se logrará más rápidamente mientras menos complejidad conlleve el trabajo contratado. No es caprichoso concluir que se verificará más fácilmente la actitud y la capacidad de desempeño de un trabajador que mueve gomas de un lugar a otro, de aquel que realiza el diseño técnico de la construcción de las mismas.

En ese sentido, una duración irrazonable del periodo, revelaría unos propósitos ajenos a la simple ecuación presentada anteriormente como constitutiva de la institución jurídica. Por su parte, el apartado del artículo 14.1 del ET aclara la obligación de las partes de realizar aquellas experiencias que constituyen el objeto de la prueba. También, declara nulo el acuerdo que imponga un nuevo periodo de prueba a un trabajador que haya realizado exitosamente y con anterioridad las mismas funciones en la empresa. Esto irrespectivamente de la modalidad de su contratación.

Por su parte, el artículo 14.2 del ET, permite a las partes desistir de la relación de trabajo durante el periodo, lo que no afecta los derechos y obligaciones que se le garantizan a los trabajadores contratados y que comparten con el resto de la plantilla de la empresa. Esto con la única excepción de los derivados del desistimiento de cualquiera de las partes. Sobre el alcance de la normativa, se refiere en particular la profesora María del Luján Charrutti Garcén, argumentando que mientras esté vigente un periodo de prueba, con excepción del libre desistimiento, "las partes tienen los mismos derechos y

obligaciones de cualquier otro contrato de trabajo... y se debe cumplir con todas las obligaciones emergentes del contrato, abonar el salario correspondiente, aportar a la seguridad social y –si fuera el caso- cumplir con el convenio colectivo...”. “También, se debe cumplir con la normativa de higiene y seguridad...” (2014, pp. 1649-1654).²⁷ Finalmente, el artículo 14.3 establece dos cosas: 1) que concluido el periodo de prueba el contrato producirá los plenos efectos latentes en el mismo, regularmente su mutación ha de configurarse como indefinido, y 2) que el tiempo dedicado a las pruebas y la experimentación se debe computar como parte de los servicios prestados para efectos de la antigüedad acumulada. Estos dos asuntos serán discutidos con mayor profundidad en la próxima sección.

Ambos apartados, el 14.2 y 14.3 del ET, revelan que en la concepción clásica del periodo de prueba es evidente la existencia de un solo contrato. Es decir, que no se trata de un primer momento donde se otorga un contrato probatorio, para luego proseguir a otro indefinido, sino que, desde el comienzo, la naturaleza del contrato pactado es indefinida y que su mutación estaba prevista y obligada por la satisfacción de las pruebas, lo que es lo mismo que argumentar que se superó exitosamente el periodo. Una vez superado el periodo de pruebas y concluida su duración, no puede haber un camino alternativo que no sea la plenitud del contrato. Más aún y con otras palabras, la obligada plenitud del contrato está atada al cumplimiento de la prueba en la concepción clásica de la institución, lo que ciertamente abona a la estabilidad del empleo (Martín Valverde, 1976, pp. 194-195).²⁸

En fin, existe un contrato que es el indefinido y que propugna la estabilidad del empleo de acuerdo a la modalidad de política de empleo vigente. El periodo de prueba no es un contrato separado sino una etapa preliminar dentro de aquél y donde existe una prueba, un ensayo para identificar incógnitas sobre la aptitud y adaptación del trabajador de reciente contratación. Entonces, la finalidad del periodo de prueba es la preparación y facilitación de la plenitud del contrato indefinido donde está inmerso.²⁹

Durante los momentos iniciales del contrato indefinido, se inicia el periodo de prueba que ayuda a consolidar el pleno efecto de una contratación indefinida ya efectuada y asegura compromisos jurídicos futuros basados en una promesa de retención como pago por un buen desempeño durante la

prueba. Completado el periodo de prueba, el trabajador, luego de haber cumplido exitosamente con la experimentación de la relación de trabajo esperada, pasará automáticamente a figurar con derechos plenos en la plantilla de la empresa, lo que en definitiva es el cumplimiento de la segunda fase de una misma relación. Esa es una transformación automática de la situación del trabajador, una simple continuidad de la experimentación a la estabilidad prometida por el mero transcurso del periodo de prueba, “dos momentos distintos de una misma relación”.³⁰ Veamos ahora cómo esta concepción clásica fue afectada por los CIAE de la Reforma Laboral 2012.

2.2. Impacto del Art. 4.3 de la Ley 3/2012 en la Concepción Clásica del Periodo de Prueba.

La aprobación de la Ley 3/2012 afectó los parámetros principales de la configuración clásica del periodo de prueba, aumentando la duración del periodo en los nuevos Contratos Indefinidos en Apoyo a Emprendedores (CIAE) que introdujo, dentro de la política de empleo aprobada como parte de la Reforma Laboral del 2012 (Salcedo Beltrán, 2013, nota 24).³¹ Específicamente el artículo 4.3 de la Ley, enmendó el artículo 14.1 del ET, para efectos de la contratación de un CIAE, estableciendo un periodo de prueba, con una duración, “en todo caso de un año”. El texto referido es el siguiente:

El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que de él se deriven se regirán, con carácter general, por lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso. No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.³²

Al analizar esta supuesta “única excepción” que dispone la Ley, con ojo crítico, encontramos que son dos las modificaciones. En primer lugar, la extensión de la duración del periodo de prueba a un año, que nos parece que es más relevante que lo que el legislador devela en la exposición de la ley. En segundo lugar, una modificación relacionada con la prohibición de establecer un nuevo periodo de prueba para un trabajador conocido, porque haya sido empleado anteriormente o de quién se conocen sus capacidades de adaptación al puesto y sus cualidades personales y profesionales, dado que evidentemente superó exitosamente su primer periodo de prueba. Siendo irrelevante la modalidad en la que fue contratado anteriormente.

De salida y para aquellos trabajadores que quieran aventurarse a firmar los CIAE, se duplica la duración del periodo de prueba clásico de seis meses de los técnicos titulados, mientras se quintuplica el requisito de dos meses para el resto de los trabajadores. Por un lado, esta disposición cuadruplicó el periodo de prueba de tres meses que estaba dispuesto para todos los empleados en empresas de menos de 25 trabajadores que no fueran técnicos titulados. Finalmente, el CIAE canceló la relevancia clásica que se le otorgaba a la categoría profesional de la persona contratada al establecer la duración del periodo. Ésta unifica la duración del mismo a un año para todos los trabajadores irrespectivamente de su formación y la complejidad del trabajo.

En ese sentido, se eliminó la fórmula clásica que establecía que a menor la formación técnico-profesional, menor el periodo de prueba requerido. Más aún, se requiere una duración del periodo que podría resultar poco útil para verificar prospectivamente la actitud del empleado, su reclamo de conocimientos y destrezas y su adaptación al puesto. De una parte, puede resultar extremadamente corta en trabajos nada complejos y fáciles de ejecutar. De la otra, podría ser que un año no sea suficiente para verificar las aptitudes y la adaptación al puesto para trabajos de mayor complejidad, incluyendo los puestos de algunos profesionales y directivos.

Esa propensión a lo que obviamente puede resultar en una duración irrazonable del periodo, revela o por lo menos sugiere unos propósitos ajenos y contradictorios con la institución jurídica. El mismo apartado del artículo 14.1 del ET aclara la obligación de las partes de realizar aquellas experiencias

que constituyen el objeto de la prueba. Por lo tanto, se presume la existencia de un contrato que tiene, por lo menos, la pretensión de consolidarse como indefinido al alcanzar su plenitud y que propugna la estabilidad del empleo de acuerdo a la modalidad de política de empleo vigente. Completado el periodo de prueba, el trabajador y luego de haber cumplido exitosamente con la experimentación de la relación de trabajo esperada, pasará automáticamente a figurar con derechos plenos en la plantilla de la empresa.

Eso último, no tiene que ocurrir en el CIAE, porque la finalidad original y clásica del periodo de prueba de soslaya y cobra preeminencia la posibilidad de que los empresarios puedan prescindir sin consecuencias y libremente de sus contratados, luego de haberles extendido su inseguridad e inestabilidad de la relación de trabajo hasta un año. La Dra. Yolanda Sánchez Urán, en un muy detallado artículo, lo explica con claridad:

A diferencia de este periodo de prueba general, el previsto ahora en el excepcional o coyuntural contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores, en relación a su causa, bien pudiera entenderse que su objeto, la experimentación, no está referida sólo a la persona del trabajador, a su capacidad o aptitud en el puesto de trabajo concreto asignado, sino que, unido a esta vertiente, **también se pretende probar y experimentar la propia actividad empresarial** o, si se quiere, consolidar la que ahora se inicia o acaba de iniciarse o la que, iniciada hace tiempo, se desea mantener en un momento de crisis económica, y, con ella, el puesto o puestos de trabajo creados para desarrollar ésta, **alzándose aquí el interés objetivo de la empresa como finalidad directa a que responde en general el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores**, y, en particular, la regla excepcional de duración del periodo de prueba en el mismo. O dicho de otra forma, que la actividad empresarial que se inicia ahora o que ha comenzado hace poco tiempo o, en fin, que se mantiene pese a la situación de crisis económica, se puede mantener sin dificultad en un plazo de tiempo

razonable o suficiente para entender que, transcurrido el mismo, hay cierta seguridad para mantener el empleo estable que se quiere fomentar o promover a través de esta modalidad contractual; **plazo de tiempo que la ley fija “en un año”, a partir del cual se restablece en su integridad el principio de causalidad en la extinción del contrato de trabajo.** (Montoya Margar y García Murcia 2012, p. 70)³³

Dos cosas surgen de esta descripción, la experimentación del trabajador se realiza y aunque se supere la prueba, puede no tener relevancia o consecuencia en lograr la plenitud del contrato indefinido. Por lo tanto, el trabajador sacrifica su seguridad contractual extendiendo a un año la posibilidad de un desistimiento o de un despido no causal, a cambio de una incierta decisión y bajo circunstancias que no están bajo su control. Por otro lado, queda sólo en las manos del empresario la resolución de este peculiar contrato que a pesar de tener el nombre de indefinido es abrumado por la precariedad, porque sólo el patrono puede decidir, sin explicar a nadie, si va a honrar el esfuerzo y compromiso del trabajador o si desiste porque no le conviene económicamente. Esta propuesta de un periodo de prueba, que puede muy bien resultar totalmente perjudicial para el trabajador, no se sostiene en la lógica del negocio jurídico que se le asigna a tal periodo en su versión clásica. Tampoco, es lógico que no se considere el tiempo que razonablemente tardaría el empresario en verificar las cualidades y capacidades reclamadas por el trabajador y que son necesarias para adaptarse a su trabajo, al establecer la duración del periodo.

Dicho en otros términos que aclaran más la argumentación, irrespectivamente de que el trabajador cumpla exitosamente con las pruebas requeridas por su patrono durante el periodo de prueba, el empresario puede deshacerse de él a conveniencia y unilateralmente con todo el respaldo legal provisto por la Ley. Entonces, el periodo de prueba propuesto por el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 intenta facilitar lo que en otro contexto podría ser catalogado como despido nulo o por lo menos improcedente, es decir, la extensión sin fundamento y de muy mala fe del periodo de desistimiento del contrato de trabajo durante el periodo de prueba. En palabras del profesor Óscar Fernández Márquez (2014) al respecto:

...las modificaciones que experimenta el periodo de prueba en el marco del contrato indefinido de apoyo a emprendedores, que quedarían de manifiesto a través de las referidas indicaciones normativas, aparentemente menores, serían de la mayor importancia, afectando a la esencia o la naturaleza misma del periodo de prueba. Y no cabe ninguna duda que, de las dos modificaciones que hemos visto que incorpora el Art. 4.3 de la Ley 3/2012, la que portaría principalmente el referido cambio de identidad sería la que establece que la duración del periodo de prueba “será de un año en todo caso”. Básicamente porque de esta manera el periodo de prueba queda aparentemente desconectado de su funcionalidad prospectiva o de verificación de las cualidades del trabajador, que es lo que constituye su esencia y lo justifica como institución separada. (pp. 95-96)³⁴

En final de cuentas, la Dra. Sánchez-Urán Azaña reconoce que “es mayoritaria la doctrina científica que estima que el periodo de prueba de un año, “en todo caso” no se ajusta plenamente al principio de estabilidad de en el empleo” y definitivamente incumple con el mandato constitucional y lo requerido por el Convenio Núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La segunda modificación en la concepción clásica del periodo, se refiere a que el Art. 4.3 de la Ley 3/2012, prohíbe el establecimiento de un nuevo periodo de prueba “cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”. Ésta es curiosa porque substituye la claridad, para esos segundos periodos de prueba, que ya estaba dispuesta en el Art. 14.1 ET. Entonces, el resultado neto del incumplimiento con la expresada prohibición, tal y como nos dijo Fernández Márquez (2014, pp.96-97), es “suavizar los efectos del incumplimiento de la prohibición..., lo que nos vuelve a llevar a una suerte de desnaturalización del periodo de prueba como institución de prospección de las características o cualidades del trabajador”.

Ambas modificaciones sugieren interrogantes sobre la finalidad del periodo de prueba de un año inaugurado en el CIAE de la Ley 3/2012. Ciertamente, por lo que hemos discutido, éste dudosamente cumplió con la función clásica de la institución. Esto porque vacía de finalidad la realización de las pruebas que manda el instituto, despejando al empresario de responsabilidad hacia un contratado que supere exitosamente el periodo de prueba, lo que es obvio si el empresario puede desistir libremente ante este supuesto.

¿Cuáles son entonces los objetivos que logró el nuevo periodo de prueba? (Fernández Márquez, 2014, p.97)³⁵ Si no se logró efectivamente incentivar el empleo estable, ¿qué se logró? Algunos autores apuntan a que se ha desvirtuado la figura jurídica porque su cometido esencial de verificación y prospección de cualidades ocultas del trabajador ha pasado a un segundo plano de importancia, por su desconexión con esa finalidad clásica, para dar paso a una muy efectiva **“franquicia de despido libre”** durante el primer año de vigencia del CIAE, lo que ciertamente contradice la finalidad de fomentar el empleo. La pregunta ineludible es: ¿cuál es el problema con el esquema de la reforma, la existencia de una intención oculta del legislador o que éste fue negligente al seleccionar qué institución jurídica utilizar para fomentar el empleo estable?

Hasta ahora no es inoportuna la sensación de que el esquema de reforma utilizado por los legisladores, en relación al periodo de prueba, ha derrotado la misma política de fomento del empleo estable que dice promover la Ley 3/2012. Esto, por más que se argumente que el régimen jurídico establecido por la Ley, salvo lo relacionado con la extensión del periodo de prueba, es el “mismo” que el contrato indefinido de trabajo ordinario. Aseveración con la que no podemos estar de acuerdo porque un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores no parece ser equivalente a un contrato indefinido ordinario, que luego del cumplimiento exitoso del periodo de prueba asegura automáticamente la estabilidad del empleo (Montoya Melgar y García Murcia, 2012, p.75).³⁶

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Duración del Periodo de Prueba

El Tribunal Constitucional ha resuelto tres sentencias relacionadas con la duración del periodo de prueba: la STC

71/1993 del 1ro. de mayo; la STC 114/2014 del 6 de julio y la STC 8/2015 del 22 de enero. Entre la primera y las últimas transcurrieron más de dos décadas, cronológicamente hablando. En términos doctrinales, un abismo separa la antigua concepción del TC de la esbozada recientemente respecto al tema. De hecho, esas determinaciones recientes, además, apartan al TC de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, histórica y recientemente la relación a la duración del periodo de prueba.

3.1. STC 71/1993: Duración del Periodo de Prueba Ordinario

La primera vez que el Tribunal Constitucional resolvió una controversia relacionada con la duración del periodo de prueba, fue en el contexto de un contrato temporal. Esto lo realizó el TC en la STC 71/1993, donde precisó a qué normativa se le debe otorgar validez y debería ser aplicada con prioridad en relación a la duración del periodo. En este caso, Don Antonio Becerra Utrero venía prestando servicios en la empresa “Abengoa, S.A.,” desde el 21 de abril del 1987, en el puesto de celador de teléfonos, con la categoría profesional de especialistas. El 16 de julio de 1987, le comunicaron por escrito que el día 20 de ese mes quedaría extinguido su contrato. Ante la Magistratura de Trabajo, éste solicitó la declaración de nulidad o, en su caso, de improcedencia del despido. Su alegación fue que el despido se había producido ya superado el periodo legal de prueba. La Magistratura de Trabajo desestimó la demanda y absolvió a la empresa.

En cuanto al reclamo de la duración del periodo de prueba, la Sentencia señaló que el Art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET) dispone que podrá concertarse un periodo de prueba que no excediera de tres meses para los trabajadores que no fueran técnicos titulados ni peones no cualificados. Luego de varios incidentes procesales, se consideró en el proceso de suplicación que la argumentación era insostenible desde el punto de vista legal dispuesto en el Art. 14 del ET y por la existencia de un pacto entre partes contratantes. Por lo tanto, se confirmó la sentencia de instancia.

El demandante invocó en su demanda de amparo la infracción del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (Art. 14 C.E.). El Tribunal Constitucional aclaró que lo que prohíbe el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley

“es el cambio irreflexivo o arbitrario de criterios generales en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. Para el Tribunal, un cambio doctrinal reflejado en una sentencia o resolución judicial es legítimo cuando es “razonado, razonable y con vocación de futuro”. Resulta ilegítimo si es una ruptura ocasional a la normal uniformidad que antecede a la decisión divergente y se continúa con posterioridad a aquélla. En tal sentido, razonó el Tribunal Constitucional que la Sentencia impugnada no era una solución aislada o un cambio ocasional inesperado de una línea jurisprudencial relacionada a la duración del periodo de prueba. **Esto es la otorgación de validez y aplicación prioritaria a los pactos voluntarios entre las partes con relación al periodo de prueba.**³⁷

De conformidad con la doctrina expuesta, “se podría válidamente suprimir o disminuir el plazo legal del periodo de prueba”, en ausencia de convenio colectivo, por voluntad de las partes manifestada en un contrato. Art. 3.1 c) ET. Precisamente, en el caso, el convenio no regula la materia, por lo que en cuanto a la duración máxima del periodo de prueba habrá que cumplir lo dispuesto en el Art. 14.1 del Estatuto de los Trabajadores. En conclusión, el TC desestimó la “infracción constitucional denunciada” porque no se puede anteponer a una Sentencia que sigue una línea interpretativa “constante y uniforme” para hacer valer los criterios de una Sentencia “aislada y ocasional” en abierta contradicción con los criterios generales consolidados y exponentes de una posición jurisprudencial ya superada.

La próxima vez que el TC atendió el asunto de la duración del periodo de prueba fue en sus dos recientes sentencias 119/2014 del 6 de julio y la 8/2015 del 22 de enero. En esta ocasión, se trató de recursos de inconstitucionalidad radicados para impugnar varios artículos de la Ley 3/2012, mejor conocida como la Ley de Reforma Laboral, 2012.

3.2. STC 119/2014, Constitucionalidad del Periodo de Prueba de un Año

Cuando analizamos todas las sentencias del Tribunal sobre el periodo de prueba, encontramos que sus últimas determinaciones, la STC 119/2014 y la STC 8/2015 se apartan de la trayectoria jurisprudencial anterior y muy especialmente con respecto de la duración del periodo de prueba. En la

primera, se abordó un reclamo de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra y se incluyó además una valoración de la nueva concepción de la figura jurídica del periodo de prueba que propuso el poder legislativo en el artículo 4.3 de la Ley 3/2012. Esto como parte de una política de empleo supuestamente orientada a defender y fomentar el trabajo estable a través de contratos indefinidos en apoyo a emprendedores.

El análisis del TC en la STC 119/2014, se circunscribió a determinar si la adopción del Art. 4.3 de la Ley 3/2012, que estableció una nueva duración del periodo de prueba, vulneró los Arts. 35.1, 37.1, 24.1 y 14 CE. En relación a la naturaleza del periodo de prueba, el TC lo describió como una institución de configuración legal que no constituye una institución prevista, ni regulada en el texto constitucional. De acuerdo al Alto Tribunal, su contenido lo elaboró y es responsabilidad del legislador ordinario que es, a su vez, el autor del Estatuto de los Trabajadores y le es permitido someter la relación laboral a un periodo de prueba.

Para el Tribunal, la institución es una **condición resolutoria** que está sujeta a la declaración de voluntad de cualquiera de las partes y habilita la extinción contractual a iniciativa empresarial. Es también, “una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo”. Para el TC, el nuevo periodo de prueba aprobado no vulneró el derecho al trabajo. Por lo tanto, el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, no planteaba, como alegado por los recurrentes de Navarra, “un problema de causalidad del despido, ni de existencia de una reacción adecuada frente al despido sin causa”. Más aún, precisó que el “desistimiento durante el periodo de prueba no constituía un despido, reiterando su antigua tesis de la década del 80,³⁸ sino que era el resultado “de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato”.

El TC aclaró que el derecho al trabajo podía someterse a limitaciones justificadas por la preservación de “otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela” que pueden legitimar el reconocimiento legal al empresario de determinadas facultades de extinción del contrato de trabajo integradas en sus poderes de gestión de la empresa.³⁹ En este punto, el TC destacó el valor interpretativo ex Art. 10.2 CE y nos dijo que el desistimiento durante el periodo de prueba se

encontraba en sintonía con lo dispuesto en el Convenio Núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), siempre que en el mismo la “duración se haya fijado de antemano y sea razonable”. El Tribunal reiteró, sin embargo, que la motivación de cualquier decisión extintiva se “encuentra limitada por el necesario respeto a los derechos fundamentales y el principio de no discriminación”, como previamente determinado.⁴⁰ A juicio del Tribunal, se podía admitir la constitucionalidad de una determinada restricción o limitación al derecho individual al trabajo para asegurar la finalidad perseguida por una política de empleo. No obstante, las limitaciones, aseguró, tienen que gozar de justificación legítima, no pueden ser absolutas, “ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable”⁴¹ y “ser proporcionadas al fin perseguido con ellas”.⁴²

Con este fin, el Tribunal realizó un Juicio de Idoneidad al Art. 4.3 de la Ley 3/2012 y justificó una fijación del periodo de prueba superior al previsto en el Art. 14.1 ET, “en la específica y legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir... a promover la creación de empleo estable, de conformidad con el mandato del Art. 40.1 CE...”. Desde su punto de vista, la contratación indefinida por parte de las pequeñas y medianas empresas cumplía con la legitimidad esperada por la iniciativa gubernamental. Para probar la razonabilidad de Art. 4.3, el TC tomó en consideración una serie de importantes limitaciones o condiciones legales impuestas por la Ley a la extensión del periodo de prueba y que catalogó como garantías a los trabajadores y a su empleo porque correspondían con cautelas dirigidas a disuadir a los empresarios de ejercer la facultad de desistimiento antes de que transcurriera el periodo de prueba de un año. El TC se apoyó en estas garantías para concluir que la disposición sobre la extensión del periodo de prueba era razonable. Así argumentó que “desde un punto de vista lógico...(y) cronológico, antes del derecho a la estabilidad en el empleo, figura el derecho de acceso al mismo; éste se integra en el contenido esencial del derecho al trabajo que, en su dimensión individual, reconoce el Art. 35.1 CE”.⁴³

Al respecto, de la vulneración del Art. 24.1 CE, el TC determinó que la aducida infracción carecía de fundamento, porque en el desistimiento durante el periodo de prueba extendido “esta[ba] garantizado el pleno acceso a la tutela de los jueces y tribunales para impugnar las decisiones no ajustadas

al régimen jurídico establecido por la Ley”. Para el Tribunal, la Reforma Laboral 3/2012 amplió la finalidad tradicional del periodo de prueba para verificar si el puesto de trabajo era económicamente sostenible y podía mantenerse en el tiempo. Esto para proteger a los empresarios de asumir la responsabilidad que conlleva un contrato indefinido, sin limitarse “a facilitar el mutuo conocimiento de las partes y de las condiciones de prestación de la actividad laboral y a acreditar que el trabajador posee las aptitudes necesarias para su contratación”.⁴⁴

Finalmente, el TC expuso que la configuración legal de la duración del periodo de prueba de un año en el nuevo contrato que introdujo el legislador como **norma de derecho necesario absoluto**, “actúa como garantía para evitar que la negociación colectiva pueda reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida”. Así ésta contribuye a impedir que la actuación de la autonomía colectiva pueda frustrar el legítimo objetivo de “creación de empleo estable que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico”. Por esto, el TC declaró que no puede tildarse de lesiva del Art. 37.1 CE la decisión del legislador de establecer esa medida “con el carácter de norma imperativa indisponible para la negociación colectiva”. Todo lo anterior le sirvió de fundamento al TC para desestimar la impugnación del Art. 4.3 de la Ley 3/2012.

En esta sentencia se emitió un voto particular subscrito por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré. Los Magistrados que endosaron el mismo, estuvieron de acuerdo en su posición de que el Art. 4.3 de la Ley 3/2012 y su nuevo periodo de prueba debió ser declarado inconstitucional. Los argumentos esbozados en el voto particular los consideramos pedagógicos, coherentes y doctrinales.

3.3. STC 8/2015, Reiteración de la Constitucionalidad del Periodo de Prueba de un Año

En su Sentencia 8/2015, el Tribunal Constitucional enfrentó las controversias planteadas por el recurso de inconstitucionalidad que promovieron ciento catorce Diputados del Congreso, 104 pertenecientes al Grupo Parlamentario Socialista y once del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)].

Éstos impugnaron la constitucionalidad de los Arts. 4.3, 12.1, 14.1 y 2, 18.3 y 8 y la del 23.1, así como la disposición adicional tercera y la disposición final cuarta. 2, de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

En relación a los artículos impugnados, el TC se refirió al Art. 4.3 de la Ley 3/2012, específicamente al nuevo régimen jurídico del CIAE donde la duración del periodo de prueba en el mismo será “de un año en todo caso”, enmendando lo dispuesto en el Art. 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. De acuerdo a los parlamentarios recurrentes, el régimen del nuevo Contrato vulneró los Arts. 14, 24.1, 35.1 y 37.1 de la Constitución. El resumen de lo expuesto por los recurrentes en la impugnación que hicieron del Art. 4.3 de la Ley 3/2012 y la extensión de su periodo de prueba, fue el siguiente:

...la jurisprudencia constitucional ha consagrado la causalidad en la extinción contractual por voluntad unilateral del empresario como concreción del derecho al trabajo del Art. 35.1 CE. **Dicha exigencia de causalidad viene reforzada, además, por la normativa comunitaria e internacional.** Siendo el periodo de prueba una excepción justificada a la exigencia de causalidad de la extinción del contrato, una regulación como la cuestionada carece de justificación objetiva y razonable, **al establecer una duración de todo punto desvinculada de la finalidad para la que se concibe la institución del periodo de prueba**, en cuanto dirigida a la constatación en la práctica de las aptitudes profesionales y de la adaptación al puesto del trabajo del trabajador...⁴⁵ [Énfasis nuestro]

El TC dedicó el fundamento jurídico 3 a la discusión de la impugnación que se hiciera del periodo de prueba de un año. Como discutimos anteriormente, este mismo asunto fue objeto de análisis en el FJ-3 de la STC 119/2014, del 6 de julio, a la que el TC recurrió en varias ocasiones para reiterar sus conclusiones en aquélla. El Tribunal consideró primero,

la alegada lesión del derecho al trabajo (Art. 35.1 CE), recordando que fue motivo de impugnación ya resuelto por la STC 119/2014, de 16 de julio. Éste reiteró su rechazo de que el precepto impugnado vulnerara el Art. 35.1 CE, expresando de igual forma que la duración del periodo de prueba contaba con una justificación legitimadora, era razonable y proporcionada a los fines perseguidos por el legislador. Justificación proveniente del grave escenario de crisis económica y la intención del legislativo de incentivar la contratación indefinida de jóvenes, mujeres, personas mayores de 45 años sufriendo desempleo crónico y otros desempleados igualmente vulnerables.

Por otro lado, argumentó que la razonabilidad de la disposición se centraba en su carácter excepcional porque aplicaba sólo a empresas pequeñas de menos de 50 empleados y de alcance limitado en el tiempo o hasta que la tasa de desempleo se situara por debajo del 15%. En otras palabras, aclaró el Tribunal, el legislador busca aumentar la “estabilidad en el empleo del trabajador contratado y el mantenimiento del nivel de empleo del resto de la plantilla de la empresa contratante”. La intención del legislador, arguyó el TC, fue promover un carácter indefinido de la relación laboral, aunque el contratado tenga que pagar el precio de superar un periodo de prueba más amplio. En ese sentido, reconoció el Alto Tribunal que el “precepto impugnado faculta al empleador la rescisión unilateral *“ad natum”* del contrato durante un periodo más amplio del previsto con carácter general en la normativa laboral”.

...se cumple en este caso con el requisito de la proporcionalidad. En efecto, a la vista del carácter excepcional y temporal de la medida, su limitado alcance, así como **su finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable** ... durante una situación de crisis económica, cabe apreciar que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta. Además, ... **es un incentivo para que las pequeñas empresas elijan la fórmula de la contratación indefinida, al ofrecérseles, como contrapartida, la oportunidad de rescindir libremente el contrato durante un año**, permitiéndoles durante tal

periodo de tiempo no sólo constatar las aptitudes profesionales del trabajador contratado, sino **también verificar si el puesto de trabajo que se crea con carácter indefinido resulta viable económicamente**... y para ponderar los riesgos económicos asociados a la suscripción del contrato.⁴⁶ [Énfasis Nuestro]

Ya en su STC 119/2014, el Tribunal había mencionado **el juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, pero no justificó la necesidad de extender el periodo probatorio para lograr una adecuada proporcionalidad entre “el sacrificio que supone para la estabilidad en el trabajo del trabajador contratado y los beneficios que puede representar para el interés individual y colectivo del fomento y creación de empleo estable”. **El TC se negó a juzgar, por no serle pertinente, la eficacia de la política de empleo aprobada.** Finalmente, concluyó que el Art. 4.3 de la Ley 3/2012 no vulneraba el Art. 35.1 CE porque “pretende favorecer el acceso de desempleados a un puesto de trabajo estable, en el marco de una excepcional coyuntura de emergencia, caracterizada por elevadísimos niveles de desempleo, en ejecución del mandato que a los poderes públicos dirige el Art. 40.1 CE.”⁴⁷

En su alocución, el TC dio la bienvenida al razonamiento expresado por el Abogado del Estado, de que “nos encontramos con **una medida protectora de la pequeña empresa en un contexto de crisis**”.⁴⁸ El TC dedujo que “la medida supera el juicio de idoneidad al ser adecuada para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ésta, es decir, “evitar la destrucción del puesto de trabajo mediante su adaptación a las concretas circunstancias que atraviese la empresa”.⁴⁹

De forma similar, el TC reiteró que el Art. 4.3 de la Ley 3/2012 no impide el carácter imperativo de la negociación colectiva y por lo tanto no vulneró el Art. 37.1 CE.⁵⁰ El mismo patrón hermenéutico fue aplicado por el TC a la impugnación consignada de los recurrentes, respecto a que el Art. 4.3 infringía también el Art. 24.1 (tutela) y el Art.14 (igualdad) CE. Motivos de impugnación igualmente rechazados por la STC 119/2014, porque “las decisiones empresariales de desistimiento adoptadas al amparo del citado Art. 4.3 son revisables antes los Jueces y Tribunales cuando no se ajusten al régimen

jurídico establecido en la Ley o se hayan adoptado por motivos discriminatorios o contrarios a los derechos fundamentales del trabajador”.⁵¹

El Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré suscribió otro voto particular para esta sentencia, a la que se unieron varios magistrados. En términos generales, su escrito no aportó nuevos argumentos sobre la impugnación realizada al Art. 4.3 de la Ley 3/2012, en relación a la extensión del periodo de prueba a un año y se limitó a reiterar los ya vertidos en su Voto Particular de la STC 119/2014. Su única referencia al tema se circunscribió a una cuestión metodológica relacionada a cómo la mayoría del Tribunal justificó el periodo de prueba fundamentado en la crisis fiscal que fue interpelada como un canon de constitucionalidad, lo que él interpretó como equivocado.

3.4. Valoración de las Sentencias

La opinión mayoritaria de la STC 8/2015 reiteró lo dispuesto en la STC 119/2014. En ese sentido, el TC concluyó que no era contrario a la Constitución, el nuevo periodo de prueba de un año de duración de los CIAE, ni todas las disposiciones impugnadas en ambos Recursos de Inconstitucionalidad, sometidos en respuesta a la Ley 3/2012. El nuevo periodo de prueba, que avaló el TC en su sentencia 119/2014 y que confirmó su sentencia 8/2015, desvirtuó la configuración jurídica clásica de la institución mantenida consistentemente por el Alto Tribunal desde su sentencia 94/1984.

La nueva versión, colocó en un segundo plano la función clásica de la figura jurídica destinada a verificar las capacidades del empleado y su adaptación al trabajo a través de experimentaciones y pruebas, siéndole más apremiante probar la viabilidad económica del puesto contratado para la empresa. En este esquema, el Estado promueve el nuevo rol de la institución ofreciendo incentivos económicos para beneficio exclusivo del empresario, quien puede desistir del contrato por un año y sin prestar explicaciones a nadie. El TC propone con sus sentencias, que el interés privado del empresario constituye el interés general en tiempos de crisis y por eso, hay que proteger a la pequeña y mediana empresa. Al trabajador corresponde ceder la estabilidad de su contrato si quiere trabajar.

Observamos, que la extensión del periodo de prueba en esta política de empleo no obedece a cambios en las condiciones requeridas en las tareas del puesto de trabajo, sino a un cálculo económico del empresario sobre la viabilidad del puesto que nada tiene que ver con el desempeño de sus empleados. Por otro lado, la exigencia de la duración de un año en todos los periodos de prueba de los nuevos contratos se impone irrespectivamente del tipo de trabajo, es decir, se establece para todos los trabajadores, con independencia de su cualificación o categoría. Esto ciertamente trae como consecuencia que para muchos puestos de trabajo que tienen una limitada complejidad requerida en su desempeño, tal duración resulte irrazonable. La única y muy lógica excepción a este requisito se les otorgó a los trabajadores que “ya hubieren desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación, que quedan exentos de un nuevo periodo de prueba”.⁵²

A diferencia de la trayectoria jurisprudencial anterior al 2014, el TC avaló ahora una política activa de empleo, donde se transformó una figura jurídica consolidada, para que el cumplimiento del trabajador con los requisitos de su puesto y la realización exitosa de sus tareas durante el periodo de prueba fuera inmaterial en relación a la posibilidad de que su contrato pudiera ser desistido unilateralmente. Tal permisividad a la parte empresarial es una llamada al desastre en cuanto a la finalidad de crear empleos estables.

El problema es que las Sentencias relativizan la normativa laboral histórica de España. En éstas, el TC descartó que la regulación del despido improcedente vulneró el derecho al trabajo. También, rechazó que el nuevo periodo de prueba innegociable por un año vulnerara la negociación colectiva, argumentando que ambos cumplen con las políticas de pleno empleo requeridos en la Constitución. Sus sentencias develan a un TC tolerante al máximo con la redefinición político-legislativa de la figura jurídica que parece que sólo puede pensarse por un dogma conceptual atado por completo en manos de la ley ordinaria y que es huérfano de vínculos hermenéuticos provenientes de la Constitución. De esta forma, es permisible que la nueva concepción de la institución jurídica deshabilite la experimentación que era central en su concepción clásica. Así la naturaleza estrictamente laboral del periodo de prueba se confunde con elementos de promoción del empleo que

permiten a la empresa comprobar que el puesto de trabajo creado es viable económicamente y por lo tanto sostenible.

Toda esta interpretación relacionada con la expansión de la duración del periodo de prueba clásico, parece tener entre otras finalidades, la intervención directa del Estado en la gestión de las empresas para facilitar decisiones de los empresarios que protejan sus negocios jurídicos creando empleos que, por su naturaleza, son más inestable que los garantizados por el contrato indefinido ordinario. Todo esto, sin garantías que el empresario contrate más trabajadores y ofreciéndole las facilidades para que no dé oportunidad al trabajador de adquirir la antigüedad necesaria para que su contrato llegue a tener pleno efecto. Más aún, teniendo como cierto únicamente, que el contexto donde se ofrecen todos estos incentivos es una coyuntura económica difícil y adversa para el país, donde se debería juzgar con mayor atención las inversiones y gastos gubernamentales.

Es obvio, que el TC siempre ha vivido en una tensión hermenéutica provocada por su reconocimiento a la continuidad del empleo, es decir a no ser despedido sin justa causa, y la tolerancia de su némesis: el desistimiento empresarial en el periodo de prueba. Hasta estas sentencias, ese segundo aspecto siempre había sido tratado como una excepción al principio de causalidad del despido, con su lógica consecuencia de que el desistimiento no era tratado como despido. A partir de la sentencia del 2014, sin embargo, se proyecta la excepción como si fuera una regla, porque el TC devela que dentro de la esencia misma del contrato de trabajo está presente la opción del desistimiento, por todo un año, amparada y configurada como condición resolutoria.

Entonces, el TC ubica la controversia sobre el principio de la estabilidad del empleo en un contexto o esquema condicional muy peligroso, que en palabras de un autor y otros tratadistas, trata de **“encajar el propio concepto de despido en el molde civil de la resolución de los contratos”** despojado de la normativa que limita el despido y sostiene el derecho al trabajo.⁵³ Por esa razón, se permite la fijación de un periodo de prueba de un año de duración cuya causa, que es la experimentación, es condicionada por dos elementos objetivos que componen el efecto resolutorio: el cumplimiento exitoso de la prueba y la crisis misma.

En tal contexto, la fijación del periodo de prueba permite que pueda ser irrelevante la superación del mismo durante la experimentación y se pueda aún fundamentar el desistimiento en la existencia de una crisis económica, que no es otra cosa que la negación empresarial de la obligada plenitud del contrato indefinido, cuyo periodo de prueba se ha superado.

Finalmente, en estas sentencias, se revela un deficiente y cuestionable uso de la normativa internacional. Por lo menos, no parece que en éstas se asomara la intención de interpretar la vulneración imputada de varios derechos constitucionales, algunos fundamentales, en los dos Recursos de Inconstitucionalidad, a la luz de los tratados internacionales que vinculan a España. La vulneración de la Carta Social Europea en ambas sentencias da lo mismo y parece no tener efecto alguno en el contenido de éstas. Lo mismo ocurre con la violación imputada al Convenio Núm. 158 de la OIT. En este caso, la sentencia del TC 8/2015, no realizó referencia alguna al Informe del Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del 13 de junio del 2014 y que fue elevado al Consejo de Administración en su 321ª Reunión en Ginebra. En el mismo, se expresó el incumplimiento de España del Convenio Núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo.

Existe evidencia de la incompatibilidad entre estas sentencias y diversos tratados internacionales ratificados por el Estado español, lo que le ha valido la crítica y condena hace años de los órganos de control de la OIT y el Consejo de Europa, entre otros.⁵⁴ El TC rechazó, en su totalidad, los dos Recursos de Inconstitucionalidad sin aplicar la abundante doctrina internacional que cuestiona la lógica de algunas de sus conclusiones, por vía de la condena expresada contra el Estado, por la aprobación de varios estatutos, incluyendo y sin limitarse a la Ley 3/2012 de Reforma Laboral. El problema es que el TC se ha reiterado en que existe coincidencia entre la legislación y el Convenio Núm. 158, cuando la OIT lo niega. Esto revela, una falta de consideración sistemática y rigurosa de los pronunciamientos de los órganos de control internacionales, porque aquí no se trata de que el gobierno de España quiera, sino que está obligado a cumplir con sus compromisos internacionales o por lo menos, así consideramos que establece la Constitución Española.

4. Conclusión

Reiteramos que el alcance de este trabajo fue reducido y ciertamente no fue su pretensión aventurarnos a juzgar la trascendencia de la totalidad de la Reforma Laboral del 2012, más allá de lo indagado en relación a la duración del “curioso” periodo de prueba del Contrato Indefinido en Apoyo a Emprendedores (CIAE). En el mismo, hemos desarrollado un estudio sobre la duración del periodo de prueba en el CIAE, que fue aprobado como una política activa de promoción del empleo de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para reformar el mercado de trabajo. Esto se realizó con especial referencia, aunque no exclusiva, a la trayectoria jurídica de 31 años del análisis jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la institución, es decir entre 1984 y el 2015. En ese periodo, identificamos y comentamos la evolución de varias doctrinas producto de la hermenéutica del TC en torno al tema.

Como hemos ilustrado, hasta finales de la década del 80, los casos atendidos por el TC fueron controversias pertinentes al periodo de prueba en contratos mayormente temporales o indefinidos pactados por las partes. A través de esta trayectoria, nos percatamos que el Tribunal mantuvo inalterada su doctrina de tolerancia al respecto de la extinción contractual empresarial durante el periodo de prueba reiterando que el desistimiento no era necesario motivarlo, pero nunca se podría hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo y en contra de un derecho fundamental.

En ese recorrido, hemos encontrado que originalmente y en su concepción clásica del periodo de prueba, para el TC la duración del periodo debía ser razonable y proporcional al tipo de trabajador y sus tareas, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 14 del ET. Éste era parte de un proceso que ocurría inmediatamente se concertaba el contrato de trabajo, es decir, que estaba vinculado al nacimiento de la relación laboral. También que, en ausencia de convenio colectivo, eran las partes las que podían definirlo, utilizando la misma proporcionalidad indicada anteriormente. Otra constante doctrinal del TC ha sido la prohibición del desistimiento en supuestos donde concurra con discriminación, por razón de sexo en sus diversas modalidades, incluyendo mayormente el embarazo, aunque sin limitarse a él, o por violación de la intimidad de la persona afectada, Art. 18 CE o del derecho a la igualdad, Art. 14 CE. La nulidad ha sido estimada cuando el desistimiento, durante

el periodo de prueba, se considera como despido nulo al concurrir con una vulneración de un derecho fundamental.

Otro evidente desarrollo jurisprudencial fue la determinación doctrinal de la inaplicabilidad de la doctrina de nulidad objetiva en despidos discriminatorios de mujeres embarazadas a los desistimientos de embarazadas durante el periodo de prueba. En estos casos, el TC optó por la práctica ordinaria donde la mujer embarazada afectada presentaba indicios de discriminación, invirtiendo la carga de la prueba, que debe entonces ser rebatida exitosamente por el empresario para salir airoso en la controversia. Determinación criticada por algunos por considerarla discriminatoria contra un sector de las mujeres embarazadas que deberían ser cobijadas por la misma doctrina. En general, el criterio del Tribunal ha sido que resulta necesario cumplir dos requisitos para superar una queja de discriminación en supuestos de despidos durante la prueba, a saber: 1) que el empresario rebata exitosamente, explique y acredite que la resolución del contrato, durante el periodo de prueba, es ajena al sexo de la trabajadora y a todo propósito atentatorio contra el Art. 14 CE; y 2) que el órgano judicial juzgador en las primeras instancias exprese su convicción en tal sentido.

En la STC 119/2014, identificamos un cambio jurisprudencial en la interpretación que el TC hizo en el periodo de prueba de un año de los CIAE, al determinar que no eran contrarios a la Constitución, como fue reprochado en varios recursos de inconstitucionalidad, posición que confirmó el Alto Tribunal en su Sentencia 8/2015. A ese periodo de prueba, se le añadió una nueva función que permite al empresario verificar la viabilidad económica del contrato indefinido antes de que el mismo alcance su plenitud y requiera mayores compromisos económicos de parte del empresario. Acción que emprende el empresario unilateralmente y para enfrentarse a la crisis económica.

En sus últimas dos sentencias, entonces, donde uno de los variados asuntos en controversia trataba sobre la institución, el Tribunal retrocedió en su afán jurisprudencial y doctrinal mantenido por tres décadas de propiciar estabilidad en el empleo y afianzar mayor balance en el proceso de contrataciones y extinciones, de manera que la excepción que significa el desistimiento empresarial al despido causal, sirviera el fin lógico de que el empresario estuviera informado sobre

la persona a la que iba a ofrecer los beneficios de un contrato indefinido.

Nuestra conclusión al respecto, coincide con muchos de los autores que han debatido el asunto y con la posición del voto particular en la STC 119/2014, de que se desnaturalizó la figura jurídica, por las siguientes razones: 1) la función esencial de periodo de prueba ordinario de verificar destrezas y adaptación al trabajo pasó a un segundo plano de importancia; 2) el periodo de prueba dejó de ser determinante para garantizar la plenitud del contrato indefinido, es decir la permanencia en el puesto de trabajo del nuevo empleado; 3) la experiencia dejó de ser una atada al nacimiento de la relación laboral; 4) que la duración del periodo de prueba dejó de relacionarse con la categoría profesional y formación de los trabajadores; y 5) el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba se convirtió en regulador de la estabilidad laboral, apartándose de ser una excepción al principio de estabilidad en el empleo. Esto ha provocado una relativización de la trayectoria jurisprudencial al respeto.

Ciertamente, reiteramos, ha habido una mutación doctrinal que corroboramos, entre otras cosas, con la desvinculación de las últimas decisiones del Alto Tribunal con los Convenios y Tratados Internacionales que obligan a España, en específico con el Convenio Núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y con la Carta Social Europea (CSE) del Consejo Europeo. Las últimas sentencias del Tribunal revelan una asistemática consideración de esa normativa al elaborar las conclusiones del Alto Tribunal. ¿A quién sino al TC le correspondía juzgar si el Art. 4.3 de la Ley 3/2012 cumplía con la normativa internacional que vincula a España?

Nuestro parecer es que la contestación ofrecida por el Voto Particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré en la STC 8/2015 a este interrogante resulta más sensata, al concluir que “el contenido esencial [refiriéndose a los derechos fundamentales] se alza como el “límite de los límites” y que junto al Art. 53.1 CE establecen una limitación inaccesible al ejercicio de los poderes normativos del legislador ordinario, sobre los derechos y libertades reconocidos en los Arts. 14 a 38, contenidos en el capítulo II del título I del texto constitucional”. En su análisis y condena a las Sentencias, éste aclaró que hay doctrina aceptada por el TC constatada en múltiples sentencias que señalan “que las restricciones establecidas

al ejercicio de los derechos constitucionales, “en todo caso, han de respetar su contenido esencial”. Con ese fin citó, entre otras, la SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10; 196/1987, de 11 de diciembre, FJ-4; 120/1990, de 27 de junio, FJ-8; 57/1994, de 28 de febrero, FJ-6; 98/2000, de 10 de abril, FJ-5; 70/2002, de 3 de abril, FJ-10 a) y 236/2007, de 7 de noviembre, FJ-4. Si la doctrina existe, es coherente y ha servido bien la seguridad jurídica por décadas, porque alterarla.

El esquema de la Reforma del 2012, a través de la promoción de los CIAE, asume que se puede legislar la conservación del negocio jurídico en el mercado de trabajo, sea esta la empresa misma o la elaboración subsidiaria de contratos de trabajo con características particulares. Sin embargo, hay que tomar en consideración que el mercado de trabajo funciona con sus propias reglas. En tal sentido, podría resultar engañoso asumir que se asegura la contratación estable a través de flexibilizar la regulación general que ampara el periodo de prueba, lo que permite, a su vez, el desistimiento empresarial “*ad natum*”. De esta forma, el amenazar con no proveer incentivos económicos prometidos al empresario no necesariamente ha servido de contrapeso en su decisión de contratar o extinguir los contratos de trabajo durante la crisis. Eso, parece ser más un deseo que una realidad, porque otra posibilidad que permite tal desregulación es la descomposición del carácter del empresario, promoviendo su conversión en un especulador de fondos públicos a costa de la inestabilidad económica de sus trabajadores.

Como hemos analizado, la intervención del legislador provee incentivos, aunque no se asegure que el empresario asuma la plenitud de las responsabilidades que impone un contrato indefinido y a ciencia cierta no pueden evitar que éste actúe, incluso irracionalmente, despidiendo a buenos y productivos trabajadores con el fin de obtener lo que considere el mejor resultado para el interés de su negocio. Esto porque el interés empresarial ni siquiera tiene que corresponderse con los intereses de la sociedad. Asumir lo contrario es ilógico. Las políticas de promoción empleo pueden fallar porque no se toma en cuenta la complejidad de la relación laboral, sus posibles implicaciones económicas, sociales y culturales a lo largo del tiempo, de manera que se consideren variables más allá de los aspectos jurídicos de las relaciones sociales en el trabajo. Esto requeriría un análisis más comprensivo y de paso

interdisciplinario de la forma que se organiza el proceso productivo en esta sociedad.

Esta incentivación a favor del despido libre sitúa al Derecho como elemento central de la decisión empresarial porque le está proveyendo al empresario de opciones reales y legales de acción dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente. Así, el Derecho deja de ser un elemento más a ser considerado por el empresario y se convierte en el elemento motivante de esa decisión. Tal y como nos aleccionaba muy sabiamente el profesor Pablo Gimeno Díaz de Atauri, al decir que “la legislación que no tiene en cuenta el alcance de los incentivos que genera, suele resultar desfavorable a sus propios fines”. Esta distorsión de los fines de la legislación, puede muy bien generar despidos intrínsecamente ineficientes porque tanto en pos de los incentivos económicos o atraídos por la nueva disponibilidad del despido libre durante un año, los empresarios pueden valorar incorrectamente el capital humano que podrían representar sus empleados y no considerar seriamente el valor social de los puestos de trabajo que destruyen.

¿Por qué esta fe ciega en la flexibilidad laboral como remedio a la crisis económica? ¿Por qué la presunción de que el desarrollo económico verdadero se alcanza y se asegura el porvenir de los trabajadores abogando por la sobrevivencia del negocio jurídico para propiciar que la empresa pueda competir? ¿Cómo exactamente se salvarán los empleos si no se reconoce su valor social y se les trata como un mero apéndice a merced de la gestión unilateral de la empresa? Hemos argumentado, a través del trabajo, que al tratar a la “actual crisis” como una causa legítima de onerosidad a la empresa lo que permite es debilitar la estabilidad de los empleos porque justifica alterar las condiciones en que fueron acordados los contratos laborales. Ello en ánimo de preservar la base del negocio jurídico y proteger la empresa. Ciertamente, estamos en desacuerdo con esa tesis.

Nos podemos percatar de que la forma en que funcionan los CIAE es producto de un plan. El contrato estipulado puede advenir imposible no por las circunstancias sino por diseño, al permitirle al empresario relegar la experimentación del periodo de prueba a un segundo plano para servir el capricho del empresario de liberarse de responsabilidades contractuales, poder despedir libremente y con menos costos. Los CIAE se anticipan a ese suceso supuestamente incontrolable y

para el cuál los empresarios se han preparado. Lo que ocurre al final del periodo probatorio en los contratos indefinidos ordinarios no es una sorpresa, ni una excesiva onerosidad sobrevenida. Esto es simplemente la plenitud del contrato, la seguridad en el puesto, que es una obligación del empresario luego de la espera y buen desempeño del trabajador a prueba. El incumplimiento contractual del empresario es una circunstancia sobrevenida contra los trabajadores que culminaron su periodo de prueba exitosamente y de todas formas fueron despedidos. El incumplimiento empresarial es imputable a éste, no tiene nada de imprevisible, imprevisto, impensado o inadvertido por ser inesperado. Ese desistimiento, en definitiva, nutrido por el incumplimiento, es un fraude de derecho porque sorprendentemente se ha deliberado tanto sobre el mismo, hasta convertirlo legislativamente en una estrategia de la administración del negocio. Peor aún, se incentiva a los empresarios a imponer su voluntad injustamente sobre trabajadores que han sido fieles a la empresa con su trabajo y se han desempeñado de forma excelente.

Hemos visto que atar la solución a la crisis a mantener al trabajador desprotegido y fuera de la protección del sistema que exige la causalidad del despido, no ha sido efectivo. Aumentar el desamparo no resolverá esta crisis, como no ha resuelto las anteriores, en España y otras partes del mundo. En ese sentido, cobran fuerza los señalamientos de Juan Carlos Arce, cuando argumenta que “detrás del velo de un pretendido escenario de preocupación por los trabajadores... yace oculta la verdadera intención de falsas reformas jurídico-laborales”. Es decir, impulsar la idea de que las crisis económicas las genera la normativa social del Derecho del Trabajo y que la única forma de superar la crisis es contraponerlos a ambos. Ésta es una idea que consideramos absurda.

El concreto, entendemos que la integración a Europa como propuesta tiene múltiples designios para seleccionar y cualquiera que se siga tendrá un costo y consecuencias sociales. En otras palabras, no se trata de seguir acríticamente las directrices económicas y muchas veces anti-humanas provenientes del Banco Central de la Unión Europea, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio, entre otras, sino de armonizar los requerimientos económicos de estas instituciones, que son reales y no se pueden obviar, con la protección de la dignidad de

los seres humanos que trabajan y sus familiares, atendiendo de igual forma los meticulosos requerimientos, provenientes de la ONU, la OIT, la Carta Social Europea del Consejo Europeo o la Carta de Derechos Fundamentales de lo UE, entre otros, que forman parte del compromiso propuesto en el envoltorio de la integración económica. Por eso, hay que convivir con el pragmatismo, reconociendo lo que haya de bueno de todas las propuestas, pero sin reducir la praxis gubernamental y las reflexiones académicas a los estrechos confines de sobrevivencia del más fuerte.

Alfredo Montoya Melgar tiene razón cuando sugiere que “diagnósticos parecidos y objetivos comunes desembocan inevitablemente en terapias similares”. En eso, coincide con Albert Einstein cuando se preguntaba, ¿por qué esperamos resultados diferentes si seguimos haciendo las mismas cosas?, lo que, de paso, el gran científico catalogaba como la develación de la locura. España sufre un desempleo alarmante de alrededor del 25% de su fuerza de trabajo, esto a pesar de constantes reformas laborales que han fracasado en propiciar el empleo estable, a pesar de variados incentivos que no han detenido sustancialmente el aumento del desempleo. Los CIAE no han sido una excepción, como discutimos en este trabajo, su adopción fue limitada y su uso, por parte de los empresarios, un fraude de ley al rechazar los incentivos para liberarse de los compromisos económicos que produce el contrato indefinido ordinario y de esta forma poder despedir libremente por todo un año y sin necesidad de indemnizar. Estos Contratos, además, han sido promotores deficientes de contratos indefinidos verdaderos.

El periodo probatorio, acriticamente tolerado social y jurisprudencialmente, es digno de reproche porque es una institución totalmente inútil para ciertos contratos y en específico para valorar el desempeño y adaptación en su puesto de los trabajadores más humildes y que realizan las tareas menos complejas que componen el proceso productivo de las empresas. De todas formas, es una institución legal aceptada en la práctica común de la administración de personal y se aplica, casi sin excepción, a todos los contratos. En su concepción legal clásica, una de sus virtudes era que su aplicación consideraba la categoría y la formación del trabajador. Esto se acabó con la aprobación de los CIAE. Ciertamente, una ganancia

para los empresarios en el río revuelto de la economía de mercado.

Como hemos visto, la institución jurídica del periodo probatorio ha ido evolucionando en el ordenamiento jurídico, unas veces cediendo, otras manteniendo su “equilibrio” ante el reforzamiento o debilitamiento del principio de estabilidad en el empleo por parte de las sentencias del Tribunal Constitucional. Sin duda, el periodo de prueba ha sido una excepción efectiva al principio de despido causal presente en la normativa laboral española y vinculado especialmente al derecho al trabajo, Art. 35.1 CE. En la medida que la duración de la prueba se acrecienta, su alcance impide el pleno disfrute de las garantías previstas por los contratos indefinidos ordinarios, provocando la indefensión de las personas que trabajan. Tolerar el periodo de prueba por un año es un error, lo fue anteriormente en las políticas de empleo, hoy despreciadas, en Francia y en Grecia. Ésta ha sido una forma inefectiva de promover el empleo y la contratación indefinida. Mucho menos lo ha sido para impulsar el empleo estable necesario para el desarrollo sustentable.

Si en realidad se quiere promover la contratación laboral indefinida e incentivar el empleo estable, con el fin de propiciar el fortalecimiento de la estabilidad laboral, es imperativo asegurar que no se lleven a cabo alteraciones caprichosas a la naturaleza de las instituciones jurídico laborales, incluyendo, sin limitarse y muy especialmente al periodo de prueba. También, hay que respetar los derechos fundamentales y los contratos de trabajo, sean éstos individuales o colectivos, de manera que se consolide la seguridad jurídica. La crisis económica no debe ser utilizada como excusa para avanzar causas de intereses económicos privados.

En el Estado Social y Democrático de Derecho español, quién contrata y despide en el sector privado es el empresario. Esa prerrogativa, sin embargo, no es absoluta y lo que se necesita es voluntad política para hacer realidad los postulados esenciales de ese mismo Estado, que debe comenzar por colocar a las personas y el interés general por encima del capital.

Notas

1. Catedrático en la Escuela Graduada de Administración Pública de la Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras.

2. Se conoce como periodo probatorio en Puerto Rico.

3. La Reforma Laboral del 2012 tiene muchos y relevantes matices que impactan el mundo del trabajo, que no forman parte de las deliberaciones de este trabajo, pero que complementarán nuestras reflexiones sobre el periodo de prueba, su duración y condicionamientos, los Contratos Indefinidos en Apoyo a Emprendedores, el desistimiento empresarial, las categorías profesionales, las políticas de empleo y los pronunciamientos al respecto de estos asuntos por el Tribunal Constitucional en el contexto de la necesidad social de creación de puestos de trabajo, la estabilidad del empleo, la lucha contra el paro, la flexibilidad, entre otros.

4. Un ejemplo donde este punto de vista es discutido ampliamente en la excelente obra de Arce (2013, pp. 18-19). Para el autor, la aceptación de esta lógica mercantil en tiempos de crisis, tiene implicaciones para el Derecho del Trabajo porque lo cambia profundamente en las formas e intensidad de su protección y sobre todo en “el objeto mismo de sus normas jurídicas”, nos dice el autor, ... “no parece muy estimulante descubrir que hoy se trata más de un Derecho instrumental que de un cuerpo normativo con coherencia interna propia y propósitos propios. Y la consideración de que actualmente ese cuerpo normativo se ocupa de las personas y de las empresas sólo de forma tangencial o instrumental, es tanto como considerar que el Derecho del Trabajo no regula ya otra cosa distinta que el funcionamiento del mercado”.

5. Se trata de las sentencias: STC 119/2014, de 6 de julio y la STC 8/2015, de 22 de enero.

6. SSTC 94/1984, del 16 de octubre, STC 166/1988, de 26 de septiembre; STC 119/2014 del 15 de julio. y la reciente STC 8/2015, de 22 de enero.

7. Históricamente, las reglas generales y clásicas del periodo de prueba, especialmente, aunque no limitadas a su duración, han estado establecidas en el Art. 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Éstas se complementan con modalidades contractuales en el contexto de relaciones de trabajo especiales, algunas derivadas o afectadas por la negociación colectiva de convenios y otras del ámbito de los contratos individuales.

Para una discusión en detalle de estas modalidades, véase: Fernández Márquez, (2014).

8. *Ibíd.* El autor defiende la tesis de que el periodo de prueba es “una institución específicamente laboral..., que no puede reducirse a ninguna de las instituciones clásicas del derecho privado de los contratos, so pena de incurrir en distorsiones o representaciones inadecuadas, sin correspondencia con la realidad de las relaciones del trabajo”. p. 12. Él es autor de la publicación núm. 226 de la Colección Laboral de Tirant lo Blanch. Éste ofrece una discusión comprensiva sobre la naturaleza del periodo de prueba. Esta Colección se define a sí misma como una ambiciosa iniciativa de la Editorial Tirant lo Blanch y un equipo de expertos en Derecho Laboral que puntualmente acercarán al profesional en las materias temáticas de interés y actualidad en el siempre cambiante mundo del Derecho del Trabajo. Otro trabajo digno de mención, se publicó en la obra colectiva dirigida por Albiol Montesinos (2011). El artículo fue escrito por García Rubio M. A., (2011) bajo el nombre de *Desistimiento durante el Periodo de Prueba*, Capítulo III, pp. 65-118.

9. Al contrastar este trabajo, con lo escrito por el mismo autor en el 2014 se puede identificar, como bien puede suceder luego de más de tres décadas, la modificación de varias de sus apreciaciones que antes se presentaban como medulares a una concepción más radical del periodo de prueba. (Martin Valverde, 1976. p. 142, 164, 179 y 196. Es importante destacar, sin embargo, que el autor es crítico de que se inserte el periodo de prueba en un esquema condicional, ya sea suspensivo o resolutorio, para normalizar las nuevas relaciones del trabajo dispuestas en la industria moderna. Esto, según el autor, porque es imposible **“encajar el propio concepto de despido en el molde civil de la resolución de los contratos”** (pp. 207-208). De acuerdo a nuestra apreciación, en este molde precisamente encajó el TC su deliberación sobre el periodo de prueba en sus Sentencias 119/2014 y 8/2015. Asunto que discutiremos a plenitud posteriormente.

10. El libro incluye cinco capítulos que versan sobre la naturaleza y estipulación del periodo de prueba; su funcionalidad prospectiva y sus efectos; su duración; el periodo de prueba ante la pluralidad de los patronos y el periodo de prueba en el Contrato Indefinido de Apoyo a Emprendedores iniciado por la Reforma Laboral del 2012.

11. El término utilizado por el autor es que la propuesta doctrinal es una **amputación de perspectiva** en el periodo de prueba.

12. Diccionario de la Real Academia Española Acceso Electrónico. <http://www.rae.es/consultas-linguisticas/preguntas-frecuentes>. Vigésima tercera Edición, octubre, 2014.

13. Estatuto de los Trabajadores. Art. 14.2

14. Art. 1258 del Código Civil. (La buena fe como conjunto genérico de deberes de los contratantes en el cumplimiento de los contratos y el Art. 7 del Código (la exigencia general del ejercicio de los derechos).

15. Esto es lo que Martín Valverde (1976) llama “el deber de cumplimiento” que se impone durante el periodo a ambas partes. El concepto se describe plenamente entre las páginas 218-219 de su libro.

16. El principio de estabilidad del empleo siempre ha sido enfrentado a la propuesta de flexibilidad en la contratación laboral y ha causado debate entre los estudiosos del Derecho del Trabajo desde hace medio siglo. Piqueras Piqueras (1995, pp. 9-11) nos informa una larga lista de participantes en el debate.

17. Este autor discute la teoría de la excesiva onerosidad sobrevenida, que permite afectar el interés del trabajador a favor de los intereses de la empresa en caso de crisis.

18. STS, 2 de febrero de 1983. La resolución del contrato en periodo de prueba no puede resultar fraudulenta [STS, 27 de diciembre del 1989], tampoco puede ser abusiva [STS, 1ro. de octubre del 1990]. Exigencia que está fundamentada además en el Art. 49.1.b ET donde se prohíbe el “abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”, lo que ha limitado el control de la institución, salvo en supuestos donde se introduzcan elementos que distorsionen el derecho en detrimento de los derechos de la persona que trabaja.

19. Reiterada en las Sentencias TC 166/1988, de 26 de septiembre y TC 198/1996, de 3 de diciembre. También por el Tribunal Supremo en: STS, 8 de julio de 1986; STS 14 de julio del 1987; STS, 3 de diciembre del 1987 y STS, 6 de julio de 1990.

20. STS, 13 de enero del 1984.

21. STS, 27 de diciembre del 1989.

22. STS, 22 de octubre del 1985.

23. STS, 12 de noviembre del 2007

24. Esto es posible, según el autor, porque: “no obstante, ninguna consecuencia directa se anuda a su inobservancia, y menos aún se condiciona la resolución del contrato al resultado insatisfactorio del experimento” de forma que “la no experimentación del trabajo debido tan sólo incide en la alegación de la ineptitud como causa de despido objetivo”. Esto sería diferente con la prohibición de la repetición del periodo de prueba donde, antes del CIAE, se impondría expresamente la nulidad.

25. STS, 12 de julio de 2012.

26. Art. 14.1 al 3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. BOE del 29 de marzo de 1995, por el que se aprobó el texto refundido de la LET. Revisión vigente desde el 17 de octubre del 2014 hasta el 1ro de enero del 2016. Recuperado el 23 de marzo de 2015, de *Noticias Jurídicas*, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/edleg1-1995.tl.html#a4

27. En su ensayo la autora nos dice: “No es posible estudiar la modalidad [del contrato a prueba] sin conectarla con el derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo puesto que desde el momento que el empleador decida contratar a prueba a un trabajador, normalmente lo hace con la convicción de que ese trabajador deberá insertarse a la empresa en forma definitiva, de allí que el periodo de prueba se compone de la evaluación de otros componentes que no sólo tienen relación directa con la formación profesional del contratado o sus habilidades técnicas sino otros parámetros atinentes a su inserción dentro de la empresa como su receptividad a las órdenes, la aptitud para el trabajo en equipo, la lealtad, la responsabilidad...”

28. En su libro, Valverde discute diversas teorías tradicionales sobre la naturaleza del periodo de prueba, entre éstas las que denomina **opciones dualistas** y las **opciones monistas**.

29. Valverde (1976, p. 196) citó a Démogue (1941, p. 50) al respecto: “...no es lo mismo un contrato celebrado en calidad de ensayo que un contrato en el cual haya un ensayo”. En el segundo caso, según aquel actor, “lo que se hace es un examen especial para poner una cosa en armonía con su destino... El que ha contratado no puede rechazar libremente la cosa. Debe indicar dónde está el defecto”.

30. *Ibíd.* pp. 204-206

31. La duración del periodo de prueba en contratos indefinidos varía considerablemente a través del mundo. Puede

ser de un mes, en países como Austria y Hungría (Ley Núm. 22 de 1992, Art. 81 del Código del Trabajo); de cuatro a seis meses en Finlandia, de seis meses, como es el caso de Alemania, Italia y Suecia o de ocho meses como en Francia. En Inglaterra la duración es de doce meses y en Estados Unidos de América de seis en la normativa federal pero su aplicación varía por Estado. Tenemos que hacer la salvedad de que, en ese país, los trabajadores del sector privado en general si están organizados sindicalmente, los convenios dispondrán un periodo de entre 30 y 90 días. También existe una legislación especial para los empleados de la administración pública. Bureau of Labor Statistics (BLS) (2013); Eurostat., (2012). Reforma Laboral 2012-RTVE.es. Las novedades de la reforma laboral. <http://rtve.es/noticias/reforma-laboral/2012/2014>. Recuperado en noviembre del 2014. Sobre Finlandia y Hungría consultar a Salcedo Beltrán (2013, Nota 24).

32. Artículo 4.3, Ley 3/2012 op. cit.

33. Aquí se citó como “buen criterio” la determinación del CGE catalán que al juzgar los CIAE concluyó que la “sostenibilidad económica de los puestos de trabajo creados al amparo del mencionado contrato”, [se puede definir como aquel] que el legislador permite al empresario verificar en el plazo de un año, previsto como un “periodo para la consolidación del puesto de trabajo”. Dictamen 5/2012, de 3 de abril sobre el RDL 3/2012.

34. El profesor no está sólo en su posición, éste citó a Miranda Boto (2012, pp. 1943-1944).

35. El autor se contesta este interrogante de la siguiente manera: “Pues, como ya hemos señalado, ni más ni menos que servir como expediente de liberación de la extinción sin causa del contrato durante un periodo inicial del contrato –un año, concretamente–, con la finalidad última de atraer a las empresas hacia la utilización de este tipo de contratos”.

36. “Lo que en definitiva quiere decir que en este caso [refiriéndose a la prohibición de establecer un nuevo periodo de prueba a un empleado que ya lo ha superado], salvando todas las restricciones legales, se celebrará un contrato indefinido de apoyo a emprendedores y no un contrato indefinido ordinario, salvo que quepa aplicar incentivos”.

37. Esta línea doctrinal jurisprudencial coincide con la establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo desde el año 1984 [Sentencia del T.S 6 de abril y 6 de diciembre de 1984; 22 de octubre de 1985; 18 de noviembre de 1988]. Línea

que fue, acogida y mantenida por el Tribunal Central de Trabajo hasta su desaparición y que modificó un criterio en sentido opuesto [Sentencia del T.C.T. 11 de febrero y 29 de octubre de 1986; 13 de enero, 4 de febrero, 10 de marzo, 21 de abril, 13 de mayo, 7 de octubre y 13 de octubre de 1987, 13 de septiembre, 21 de septiembre y 29 de noviembre de 1988]. Diversas Sentencias por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recogen la doctrina que se reproduce en la conclusión de la Sentencia ahora impugnada [Sentencia 20 de septiembre, 18 de octubre, 31 de octubre de 1989, 8 de enero y 5 de febrero de 1990].

38. Ver las primeras dos sentencias del TC sobre el tema: SSTC 94/1984, del 16 de octubre, STC 166/1988, de 26 de septiembre.

39. STC 192/2003, de 27 de octubre, FJ 4.

40. SSTC 94/1984, de 16 de octubre, FJ 3 y la STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 4.

41. SSTC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 110/2006, de 3 de abril, FJ 3.

42. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 15; o SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8; 112/2006, de 5 de abril, FFJJ 8 y ss.).

43. STC 119/2014, FJ-3.

44. Ibid.

45. STC 8/2015, I. Antecedentes, 2. F.

46. Ibid, FJ-3 b.)

47. STC 119/2014, de 16 de julio, FJ 3 f).

48. Ibíd., Abogado del Estado, 4 f.

49. Ibíd., FJ-4 a.

50. Éste no elaboró más al respecto, sino que se limitó a citar el FJ-3 C, apartado b) de la STC 119/2014.

51. Ibíd. FJ 3 D) y FJ-3 d.)

52. Art. 4.3 Ley 3/2012. Esto es congruente con la jurisprudencia del Tribunal y para citar un ejemplo, ver la STC 17/2007.

53. Concepción que según la indagación crítica del autor ha sido también aceptada expresamente por la misma doctrina civil. Martín Valverde, 1976, pp. 208-211. Éste citó a Díez Picazo (1970, p. 843) en la p.211 de su obra.

54. Tres reclamaciones elevadas ante el Director General de la OIT han condenado a España. “La primera relativa a la vulneración del derecho de huelga, presentada por CCOO y UGT en julio de 2014, señalando que la actual tipificación

del delito de coacciones específicamente realizadas por los piquetes de huelga vulnera el derecho a la misma, reconocido indirectamente por el Convenio 87. Las otras dos reclamaciones se refieren a la vulneración del Convenio 137 de la OIT relativo al salario mínimo interprofesional y a la reclamación relativa al descanso semanal en oficinas y jornadas (Convenio 106), presentada por el Tribunal Judicial independiente. En cuanto al CEDS, cabe recordar que entre 1982 y 2013 España ha presentado 26 informes respecto de la aplicación de la Carta. El informe número 25, presentado el 21 de diciembre de 2012 concernía al grupo temático II “Salud, seguridad social y protección social”. El periodo de referencia del informe va desde el 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011. Las conclusiones respecto de este informe se publicaron en enero de 2014, criticando contundentemente las reformas realizadas en ese periodo en España”. Guamán, A. (2015, Nota 2, p. 2)

Referencias

- Albiol Montesinos, I. (2011). *Extinción del Contrato de Trabajo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Baylos Grau, A. (enero-marzo, 2015). La protección de los derechos fundamentales por el Tribunal constitucional español: Auge y declive de la función de tutela. *Revista de Derecho Social*, (69), pp. 17-30.
- Beltrán De Heredia Ruiz, I. (2011). *La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Bureau of Labor Statistics (BLS). (2013). *Organized Labor Statistics*. Washington, D.C., EE.UU.: Government Printing Office.
- Charrutti Garcén, M. del L. (2014). *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, en Baylos Grau, A. et. al., (pp. 1650-1670). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- De la Villa, L. E., y Palomeque M. C. (1978). *Introducción a la Economía del Trabajo*, 1, (pp.767-790). Madrid, España: Debate.
- De Val Tena, A. L. (1998). *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, (p. 63). Madrid, España: Civitas.

- Démogue, R. (1941). Contratos celebrados en calidad del ensayo. *Revista de Derecho Privado*, pp. 50-62. Madrid, España.
- Díez Picazo, L. (1970). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Madrid, España: Tecnos.
- Fernández Márquez, O. (2014). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guamán, A. (abril-junio, 2015). Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2-12: sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2-14 y 8/2015. *Revista de Derecho Social*, (70).
- Lasaosa Irigoyen, E. (2014) “Extinción del contrato de trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba y nulidad objetiva”. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*. Núm. 57. Pamplona: Editorial Aranzadi, S.A.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F., y García Murcia, J. (2014). *Derecho del Trabajo*, (23 ed.). Madrid, España: Tecnos.
- Martín Valverde, A. (1976). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid, España: Monte Corvo, S.A.
- Miranda Boto, J. M. (2012). El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores. *Actualidad Laboral*, (19-20), pp. 1943-1954.
- Molina Navarrete, C. (2014). Reforma laboral y justicia constitucional: el tribunal constitucional ni es infalible ni ya tiene la última palabra. (Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio). *Revista De Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos*, 377, pp. 183-90.
- Montoya Melgar, A., y García Murcia, J. (2012). *Comentario a la Reforma Laboral de 2012*. Pamplona, España: Aranzadi.
- Naranjo de la Cruz, R. (enero-abril, 2014). Cuestiones sobre el derecho al trabajo derivadas de la Reforma Laboral del 2012. Perspectiva Constitucional. *Revista de Derecho Político*, (89), pp. 91-134.

- Piqueras Piqueras, M. del C. (1995). *La extinción del contrato durante el periodo de prueba como despido*. Madrid, España: IBIDEM.
- Poquet Catalá, R. (2014). El despido de la trabajadora embarazada durante el periodo de prueba. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, (165), pp. 23-49.
- Quintanilla Navarro, R. Y. (2014). Extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba y lesión de derechos fundamentales. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, (164), pp. 335-354.
- Rodríguez Copé, M. L. (2014). Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: La evolución de la jurisprudencia constitucional. *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* (Temas Laborales), (123), pp. 185-96.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Casas Baamonde, M. E., y Valdés Dal-Ré, F. (2013). La huida del derecho del trabajo hacia el emprendimiento, las reformas de la Reforma Laboral de 2012 y otras reformas: la 11/2013 y el RDL 11/2013". *Relaciones Laborales*, (10), pp. 1-29.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. C. (2000). El periodo de prueba. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, (100), p. 476.
- Romeral Hernández, J. (2014). *Límite temporal del periodo de prueba tras las reformas laborales*. Ponencia Tipografiada. XXV Jornades Catalanes de Dret Social. Barcelona, 20 y 21 de febrero.
- VV.AA. Barreiro González, G. (1983). *El periodo de prueba*, (p. 73). En comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los trabajadores (T. IV). Madrid, España: Edersa.